Stephan Weber (Hrsg.)

Personen-Schaden-Forum 2021

Vorexemplar Referenten

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8306-5

www.schulthess.com

Verexemplar Referenten

Inhalt

Vorwort 5

Abkürzungen 7

STEPHAN WEBER
Der Personenschaden im Wandel – ein persönlicher Rück- und Ausblick .. 15

VOLKER PRIBNOW
Haushaltsschaden – Umforstungen im Palmenhain 73

HARDY LANDOLT
Entwicklungen beim Betreuungs- und Pflegeschaden 99

HARDY LANDOLT
Entwicklungen bei der Genugtuung 119

ANDREAS LÖRTSCHER / BENEDIKT SAUPE
Rechtsentwicklung in Haftpflichtfällen mit Todesfolge 139

CHRISTIAN HUBER
Bedeutsame Änderungen in Deutschland und Österreich in diesem Jahrtausend 191

UELI KIESER
Sozialversicherungsrecht im Wandel – rückwärts oder vorwärts? 233

THOMAS BITTEL
Mauerblümchen im Rampenlicht: Zur veränderten Bedeutung des (extrasystemischen) Koordinationsrechts – Rückblick 255

ADRIAN ROTHENBERGER
Mauerblümchen im Rampenlicht: Zur veränderten Bedeutung des (extrasystemischen) Koordinationsrechts – Ausblick 307

Vorexemplar Referenten

JÖRG JEGER
Königsweg, Holzweg oder Hohle Gasse? Erfahrungen aus 30 Jahren medizinischer Begutachtung 329

RAINER DEECKE
20 Jahre Personen-Schaden-Forum: Rückblick, Ausblick und (unerfüllte?) Wünsche – aus anwaltlicher Sicht 371

Vorexemplar Referenten

Vorwort

2002 haben wir das Personen-Schaden-Forum zum ersten Mal durchgeführt. Damals wurde über den Haushaltschaden, die Schadenersatzrenten, den Pensionskassenregress und aktuelle Entwicklungen referiert und diskutiert. Nun führen wir die Tagung bereits zum 20. Mal durch und es hat in all den Jahren nie an Themen gemangelt, auch wenn einige davon immer wieder zur Sprache gekommen sind. Es hat sich in den dazwischen liegenden Jahren aber auch einiges verändert. Zum einen sind Urteile ergangen, die zu einer Rechtsentwicklung geführt haben, nicht immer in die gewünschte Richtung, z.T. aber mit markanten Auswirkungen. Vor allem im Sozialversicherungsrecht gab es auch neue Gesetze und Revisionen, während im Haftpflichtrecht die grossen Vorhaben einer Totalrevision zu Grabe getragen worden sind und nur gerade eine kleine Revision des Verjährungsrechts übrig geblieben ist.

Über all das haben wir jeweils am Personen-Schaden-Forum, aber auch an anderen Veranstaltungen und seit 20 Jahren in unserer Zeitschrift HAVE berichtet. Vielleicht hat der eine oder andere Beitrag einen Impuls gegeben und die Entwicklungen beeinflusst. Es wäre vermessen, diesen Einfluss zu überschätzen, viele weitere Publikationen, vor allem der Zugriff auf die vielen Informationsquellen im Internet, die mit den Öffentlichkeitsgesetzen freigegebenen Dokumentationen von Bund und Kantonen, insbesondere auf weit mehr Urteile, haben unsere Wahrnehmung und die tägliche Arbeit verändert. Zudem hat eine zunehmende Spezialisierung eingesetzt und auch dazu beigetragen, die Probleme differenzierter zu beleuchten.

Wo Licht ist, ist auch Schatten. Die Konflikte sind nicht kleiner geworden, mehr Differenzierungen schaffen auch mehr Streitpunkte und Komplikationen. Wenn nur noch Spezialisten den Durchblick haben, kommen Zweifel auf, ob der Zugang zum Recht besser geworden ist. Besonders spürbar ist die geschilderte Entwicklung bei der verfahrensrechtlichen Durchsetzung der Ansprüche, wo die hohe Komplexität zusammen mit den noch immer ungeklärten Fragen und überspannten Anforderungen an die Substanziierung zu einem hochriskanten Unterfangen geworden ist.

Die Beiträge in diesem Tagungsband beleuchten die Veränderungen bei einzelnen Schadenposten, im Sozialversicherungs- und Koordinationsrecht, zeigen aber auch die verfahrensrechtlichen Klippen vor dem Hintergrund der neuen ZPO auf, mit denen Anwältinnen und Anwälte konfrontiert sind. Manchmal beruhigt ein

Vorzeitiger Bezug

Blick ins Ausland, wo ebenso positive und negative Veränderungen feststellbar sind und die bestehenden Unterschiede auch Inspirationsquelle sein können.

Der Tagungsband ist dieses Jahr besonders umfangreich geworden. Viele haben daran mitgearbeitet, nebst den Referenten auch Natalie Huber, Rebecca Wehrle und Roland Voß. Dafür möchte ich mich im Namen des Vereins HAVE bei allen ganz herzlich bedanken. Ich hoffe, dass die HAVE-Aktivitäten auch in den nächsten Jahren den Personenschaden und die vielen weiteren Themen im Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht im Fokus haben werden. Die Voraussetzungen dazu haben wir mit der Gründung eines gleichnamigen Zentrums geschaffen, das Sie mit noch mehr Informationen sowie Aus- und Weiterbildungsangeboten begleiten wird.

Eglisau im Juni 2021 Stephan Weber

Vorexemplar Referenten

Abkürzungen

a	alt: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes oder Artikels
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
ACR	American College of Rheumatology
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Österreich)
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuslPflVG	Gesetz über die Haftpflichtversicherung für ausländische Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger (Deutschland)
BBl	Bundesblatt (zit. nach Jahr, Band und Seite)
Bd.	Band / Bände
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (DE)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar

Vorexemplar Referenten

BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversorge vom 18. April 1984 (SR 831. 441.1)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHSS	Soziale Sicherheit (Bern)
DAR	Deutsches Autorecht (München)
d.h.	das heisst
ders.	Derselbe
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
dies.	dieselbe / dieselben
Diss.	Dissertation
DRG	Diagnosis Related Groups
Dr. h.c.	Doctor honoris causa (Ehrendoktor)
Dr. iur.	Doctor iuris (Doktor der Rechtswissenschaft)
E.	Erwägung(en)
EBM	evidenzbasierte Medizin
EFL	Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	Eidgenössisch
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (SR 831.30)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EO	Erwerbsersatzordnung

Vorexemplar Referenten

EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft vom 25. September 1952 (SR 834.1)
EpG	Epidemiengesetz vom 28. September 2012 (SR 818.101)
et al.	et alii (= und weitere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EVE	Einkommens- und Verbrauchserhebung
f. / ff.	und folgende / fortfolgende (Seite, Randnummer etc.)
Fn.	Fussnote
frz.	Französisch
g.M.	gleicher Meinung
HABE	Haushaltsbudgeterhebung
HAVE	Zeitschrift Haftung und Versicherung (Eglisau)
HG	Handelsgericht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HWS	Halswirbelsäule
Ibid.	Ebenda
ICD	International Classification of Diseases
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn(e)
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (XX)
IFEG	Bundesgesetz über die Institutionen zu Förderung der Eingliederung von invaliden Personen vom 6. Oktober 2006 (SR 831.26)
i.K.	in Kraft
i.S.	im Sinne / in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive

Vorexemplar Referenten

IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
Kfz	Kraftfahrzeug
KLV	Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (SR 832.112.31)
KSIH	Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung
KUVG	Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Krankenversicherung
KV	Krankenversicherung
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
LG	Landesgericht
lic. iur.	Lizenziat in Rechtswissenschaft
lit.	litera
LL.M.	Legum Magister/Magistra
LSE	Schweizerische Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik
m.E.	meines Erachtens
MEDAS	Medizinische Abklärungsstelle
MedR	Medizinrecht (München)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
max.	maximal
Mio.	Millionen
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (SR 833.1)
N	Note(n)

Vorexemplar Referenten

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23. März 2007 (SR 312.5)
ÖJZ	österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PflVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeugfahrer (Deutschland)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz über die Produktehaftpflicht vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944)
Prof. Dr. iur.	Professor/in der Rechte
PSF	Personen-Schaden-Forum
publ.	publiziert
REAS	Revue Responsabilité et Assurances (Eglisau)
resp.	Respektive
rev.	revidiert
Rz.	Randziffer
S.	Satz
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SemJud	La Semaine Judiciaire, Genf
SGB	Sozialgesetzbuch (Deutschland)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SLK	Schadenleiterkommission
sog.	sogenannte/r/s
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

Vorexemplar Referenten

Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung (Olten)
SVV	Schadenleiterkommission des Schweizerischen Versicherungsverbandes
SZS	Schweizer Zeitschrift für Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge (Bern)
RAD	Regionaler ärztliche Dienst
u.a.	unter anderem
u. dgl.	und dergleichen
usw.	und so weiter
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Karlsruhe)
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz (Österreich)
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32)
vgl.	vergleiche
vs.	versus = gegen
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz (Deutschland)
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar

Vorexemplar Referenten

ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPO	Zivilprozessordnung (DE)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Manz)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Vorexemplar Referenten

Vorexemplar Referenten

Stephan Weber*

Der Personenschaden im Wandel – ein persönlicher Rück- und Ausblick

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	15
II.	Unterschiedliches Adäquanzverständnis im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht	17
III.	Erwerbs- und Rentenschaden	21
IV.	Haushaltschaden	28
V.	Betreuungs- und Pflegeschaden	34
VI.	Kind als Schaden	37
VII.	Schockschaden	39
VIII.	Schaden infolge Tötung	41
IX.	Genugtuung	44
X.	Schadenersatzbemessung	48
XI.	Perte d'une chance	54
XII.	Kapital, Rente und Schadenszins	55
XIII.	Kluft zum Sozialversicherungsrecht und komplexe Koordination	59
XIV.	Gesetzgebung	66
XV.	Veränderter Rahmen	68
XVI.	Bilanz und Ausblick	70

I. Einführung

Die Entwicklungen rund um den Personenschaden in den letzten Jahrzehnten sind bemerkenswert. Der Personenschaden hat sich zu einem eigenständigen Rechtsgebiet an der Schnittstelle von Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht entwickelt und zu einer entsprechenden Spezialisierung bei den Anwältinnen und Anwälten, Mitarbeitenden der Versicherungsgesellschaften und der Sozialversicherer

* Dr. h.c., Geschäftsführer Leonardo Productions AG, Schriftleiter HAVE. Ich danke Roland Voß für die Durchsicht des Manuskripts und Reto Menzi für die Zusammenstellung der Literaturübersicht.

Vorexemplar Referenten

geführt. Nur die Gerichte sind bei der Spezialisierung zurückgeblieben und da und dort auch mit den Fragen überfordert, die sich im Geflecht der Berechnungs- und Koordinationsmethoden stellen und immer häufiger an sie herangetragen werden. In keinem anderen Bereich des Haftpflichtrechts hat sich das Bundesgericht allerdings auch auf so viele Änderungen und Präzisierungen eingelassen wie beim Personenschaden.

Wenn wir nach Unterschieden zu den vorangehenden Jahrzehnten suchen, so ist die bereits erwähnte Spezialisierung sicher ein Aspekt, der prägend auf die Diskussion des Personenschadens Einfluss genommen hat. Es wird heute weit differenzierter argumentiert als noch vor 30 Jahren, aber auch weniger konsensorientiert. In der Folge dauert es oft lange, bis ein Fall abgeschlossen werden kann, und er landet auch häufiger vor Gericht. Die Berechnungsmethoden wurden verfeinert, was bessere Ergebnisse ermöglicht, aber auch dazu führt, dass man sich über die verschiedenen Stellschrauben nicht mehr einigen kann und die Übersicht verliert, vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht.

Die Schwierigkeiten beginnen mit der Kausalitätsbeurteilung, denn die Verletzungsfolgen lassen sich nicht immer mit der geforderten Sicherheit auf das Unfallereignis zurückführen. Eigene gesundheitliche Probleme können beteiligt sein oder die Beschwerden lassen sind nicht so einfach objektivieren und nachweisen. Das löst dann Diskussionen aus, die meist um die Adäquanz kreisen. Erst wenn die Zurechnung positiv ausfällt und der Umfang der zurechenbaren Verletzungsfolgen feststeht, stellen sich Fragen nach der Schadenberechnung. Und wenn auch über die Quantifizierung Einigkeit besteht, ist im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu entscheiden, ob voller oder nur teilweiser Ersatz geschuldet ist. Damit ist das Unfallopfer aber noch nicht am Ziel. Parallel läuft die Beurteilung nach sozialversicherungsrechtlichen Kriterien, die deutlich abweichen können. Der letzte Akt besteht in der Koordination der Schadenausgleichsleistungen und auch er ist kein Selbstläufer, sondern zu einem beliebten Tummelfeld und Kampfplatz geworden, was sich auch in unzähligen Beiträgen in der Literatur niederschlägt.

Der nachfolgende Überblick greift einige Entwicklungen rund um die Personenschäden auf. Die Zusammenstellung ist aber weder vollständig noch frei von subjektiven Wertungen, sowohl in der Auswahl der Themen wie natürlich auch in deren Würdigung, die vielleicht bei anderen diametral anders ausfallen würde. Es geht denn auch weniger darum, hier die fachlichen Fragen aufzuarbeiten, vielmehr soll mit dem Überblick aufgezeigt werden, was sich bei der Bearbeitung von Personenschäden in den letzten Jahrzehnen verändert hat, um basierend darauf ein paar Gedanken zu präsentieren, wohin die Reise in den nächsten Jahren gehen könnte.

Vorzeitige Referenten

Der Aufbau dieses Beitrages folgt diesem Anspruch, statt vieler Fussnoten verweise ich im Text auf die einschlägigen Entscheide und füge an jedes Kapitel eine Übersicht über die in den letzten 20 Jahren in der Zeitschrift HAVE und in den Tagungsbänden zum Personen-Schaden-Forum erschienenen Beiträge an.

II. Unterschiedliches Adäquanzverständnis im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht

Keineswegs selbstverständlich ist, dass im Bereich der Schadenszurechnung zwischen dem Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht unterschiedliche Wege beschritten worden sind. Es gibt viele Argumente, die für einen Gleichlauf der Kriterien bei der Kausalitätsbeurteilung sprechen, so in erster Linie die gleichlautende Adäquanzformel, die nicht erkennen lässt, wo die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebieten liegen könnten, dann aber auch die Praktikabilität und Effizienz in der Beurteilung der Ansprüche. Kausalitätsfragen bergen bei Personenschäden bekanntlich viel Konfliktstoff, Vereinfachungen und Straffungen sind daher besonders erstrebenswert, eine doppelte Prüfung der Kausalität ist jedenfalls mit weit mehr Aufwand verbunden.

In BGE 123 III 110 hat das Bundesgericht aber entschieden, dass die sozialversicherungsrechtlichen Kriterien der Adäquanzbeurteilung nicht einfach ins Haftpflichtrecht importiert werden dürfen. Die Adäquanz wird bei ausgewiesenen organischen Unfallfolgen nicht speziell geprüft resp. als gegeben vorausgesetzt. Anders verhält es sich bei organisch nicht hinreichend nachweisbaren Unfallfolgen, insbesondere bei psychischen Beschwerden. Für diese hat das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 115 V 133 eine spezielle Adäquanzprüfung eingeführt, in deren Mittelpunkt die Unfallschwere steht. Eine ähnliche Entwicklung gilt seit BGE 117 V 359 auch für die Schleudertraumata. Das Bundesgericht hat für das Schleudertrauma eine eigene Praxis mit einem «typischen Beschwerdebild» entwickelt und bei somatoformen Schmerzstörungen in BGE 130 V 352 eine Überwindbarkeitspraxis eingeführt, die eine sehr restriktive Praxis zur Folge hatte. Diese wurde in BGE 141 V 281 durch eine strukturierte Beweiserhebung abgelöst, die allerdings nicht auf validierten Daten beruhte, immerhin aber zu einer Angleichung der Beurteilungskriterien bei allen Schmerzkrankheiten geführt hat. Allein schon der Umstand, dass die aufgestellten Kriterien nicht auf Erfahrungswerten beruhen, verbietet eine Übernahme der Beweisergebnisse ins Haftpflichtrecht (vgl. zu dieser Entwicklung auch den Beitrag von JÖRG JEGER, der aufzeigt, dass die sozialversicherungsrechtliche Praxis auch aus medizinischer Warte nicht überzeugt).

Vorzeitiger Referenten

Die kausale Zurechnung unterliegt im Haftpflichtrecht anderen Vorgaben, es existiert insbesondere kein vergleichbares Adäquanzraster. Immer wieder ist aber versucht worden, die sozialversicherungsrechtlichen Kriterien auch im Haftpflichtrecht anzuwenden. Das Bundesgericht hat die Versuche aber meist abgewehrt und auf die unterschiedliche rechtspolitische Zielsetzung des Haftpflicht- und des Sozialversicherungsrechts verwiesen. Dass da und dort dann doch die Unfallschwere bei der Beurteilung der Kausalität herangezogen worden ist, ändert daran nichts, denn seltsam wäre, wenn das Unfallereignis keine Rolle bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs spielen würde. In all den Fällen, in denen die Diskussion über die Zurechnung von objektiv nicht oder schwer nachweisbaren Verletzungsfolgen geführt wird, kann argumentativ zwischen der natürlichen und adäquaten Kausalität kaum unterschieden werden. Die Beurteilung stützt sich nämlich (bestenfalls und auch das nicht immer) auf blosse Erfahrungswerte, den gewöhnlichen Lauf der Dinge und die allgemeine Lebenserfahrung, genauso wie das die Adäquanzformel vorsieht.

Bei den Unsicherheiten und Konfusionen, die damit verbunden sind, ist man nicht unglücklich, wenn das Haftpflichtrecht eigene Wege geht und nicht alle Entwicklungen aus dem Sozialversicherungsrecht übernommen hat. Dass eine wertende Zurechnung in den beiden Rechtsgebieten nicht gleich ausfallen muss, leuchtet ohne weiteres auch ein. Die Ausgangslage und die Zielsetzungen des Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechts sind nicht die gleichen. Der im Haftpflichtrecht angestrebte individuelle Interessenausgleich steht dem auf dem Solidaritätsgedanken beruhenden kollektiven Schadenausgleich des Sozialversicherungsrechts gegenüber, über den im Rahmen der Massenverwaltung zu entscheiden ist. Schon schwieriger ist es zu begründen, dass das Sozialversicherungsrecht restriktiver sein soll. Das Haftpflichtrecht greift nur ausnahmsweise ein, wenn ein besonderer Grund für eine Schadenüberwälzung gegeben ist, es bildet kein verlässliches Schadenausgleichsystem. Soweit kein besonderes Risiko für eine Fehlentwicklung erkennbar ist, könnte man auch im Haftpflichtrecht argumentieren, dass eine Zurechnung nicht angemessen sei. Die Unterscheidung hat aber weniger mit der unterschiedlichen Zielsetzung zu tun als mit dem Umstand, dass im Haftpflichtrecht nicht einfach ein Alles-oder-nichts-Prinzip über die Ansprüche entscheidet, sondern mit der Schadenersatzbemessung eine mehrstufige Anspruchsprüfung, die eine stufenlose Kürzung des Anspruchs ermöglicht. Diese Flexibilität ist es in erster Linie, die eine weniger restriktive Zurechnung rechtfertigt, weil eine weitere Korrekturmöglichkeit im Rahmen eines Billigkeitsentscheids besteht.

Der Preis für die doppelspurige Zurechnung ist nicht nur eine bis hin zu den Gutachten schwierigere Schadenabwicklung, sondern auch der im Kleid des intensitätsarmen Kausalzusammenhangs neu aufgetauchte Reduktionsgrund, der auf die

Vorexemplar Referenten

unterschiedliche Adäquanzinterpretation zurückzuführen ist. Er hat bislang noch keine klaren Konturen erhalten und ist auch punkto Umfang der Kürzung unberechenbar geblieben, darauf ist zurückzukommen.

THOMAS BITTEL, Festlegung des IV-Grades in Haftpflicht und Sozialversicherung, PSF 2020, 177-227

CHRISTIAN HAAG, Verwertbarkeit von medizinischen Fremdgutachten im Haftpflichtprozess, HAVE 2019, 182-186

MICHAEL E. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, PSF 2018, 63-82

MARC HÜRZELER, Gesetzliche Leistungen – Bindung des Zivilrichters an Entscheidungen des Sozialversicherungsgerichts?, HAVE 2017, 308-310

EVALOTTA SAMUELSSON, Schleudertrauma – Quo vadis?, PSF 2017, 17-47

LUCIANO R. MARTELOZZO, Die Validierung psychischer Störungen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, PSF 2016, 51-85

THOMAS GÄCHTER, Funktion und Kriterien der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht, PSF 2016, 13-49

DAVID HUSMANN / SILVIO RIESEN, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, PSF 2015, 43-77

STEPHAN WEBER, Haftpflicht und Versicherung – Welches System soll restriktiver sein? HAVE 2013, 271

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER / PETER BECK, Die Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt, HAVE 2013, 246-251

HANS-JAKOB MOSIMANN, Unklare Beschwerdebilder im Sozialversicherungsrecht, PSF 2015, 17-41

THOMAS GÄCHTER, Falsche Frage – falsche Antwort, HAVE 2013, 276-279

PETER KAUFMANN, Das Rad neu erfinden?, HAVE 2013, 274-276

HARDY LANDOLT, Wer soll das bezahlen – wer hat so viel Geld?, HAVE 2013, 272-274

IRIS HERZOG-ZWITTER / ANDREAS LÖRTSCHER, Ausreisser oder neue Ansätze im Haftpflichtrecht?, HAVE 2012, 292-295

JÜRG SENN, Moral Hazard der Überwindbarkeitsrechtsprechung, HAVE 2012, 234-239

VOLKER PRIBNOW, Schmerzpraxis: Wenn schon nicht richtig, dann überall?, HAVE 2012, 232-234

DANIEL SUMMERMATTER / CLAUDIA JACOBER, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, HAVE 2012, 136-149

BRUNO SCHATZMANN, Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, HAVE 2012, 12-23

PHILIP STOLKIN, Von der Europäischen Menschenrechtskonvention, den adäquaten Kausalzusammenhängen, den Normhypothesen und dem Gleichheitssatz, HAVE 2011, 378-397

MARKUS SCHMID, Keine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien ins Haftpflichtrecht, HAVE 2011, 250-253

DAVID HUSMANN, Schmerzpraxis: Ei des Kolumbus, Heilmittel oder Sackgasse? (Gedanken zu BGE 136 V 279), HAVE 2011, 193-197

DIETER KEHL, Gedanken zum BGE 136 V 279, HAVE 2011, 86-87

VITO ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkung von BGE 136 V 279, HAVE 2011, 72-76

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Hat BGE 136 V 279 Auswirkungen auf die Regressansprüche der obligatorischen Unfallversicherung?, HAVE 2011, 76-79

Vorexemplar Referenten

THOMAS GERMANN, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen im Haftpflichtrecht, HAVE 2011, 70-72

VOLKER PRIBNOW, Schadenausgleich nach Schleudertrauma in der nicht perfekten Welt, HAVE 2011, 68-70

MARKUS SCHMID, Schadensausgleich nach Schleudertrauma / Zur Tragweite von BGE 136 V 279, HAVE 2011, 53

IRIS HERZOG-ZWITTER / PETER HAAS / STÉPHANIE NEUHAUS-DESCUVES, Haftpflichtrecht: Wegfall einer einmal gegebenen natürlichen Kausalität (Urteil des BGer 4A_65/2009 vom 17.02.2010), HAVE 2011, 32-37

ROLF P. STEINEGGER, Verschärfte «Schleudertrauma»-Praxis – Steife Bise von vorne und von hinten? – HAVE 2010, 402-403

BERNHARD STUDHALTER, When push comes to shove – Bedeutung von Unfallanalyse und Biomechnik für die haftpflichtrechtliche Zurechnung?, HAVE 2010, 389-391

GUY CHAPUIS, La biomécanique – un outil précieux au service de la médecine et du droit, HAVE 2010, 386-388

ALEX BEELER, Die (fehlende) Bedeutung der Unfallanalyse und der Biomechanik in der UVG-Rechtsprechung, HAVE 2010, 385

MICHAEL WEBER, Die Physik des Schleudertraumas, HAVE 2010, 378-385

MATTHIAS VOISARD / ALAIN FLORIN / MARKUS MUSER / FELIX WALZ, Das Bermudadreieck HWS-Beschleunigungstrauma im Spannungsfeld zwischen Medizin, Technik und Recht, HAVE 2010, 375-378

VOLKER PRIBNOW, Biomechanik und Unfallanalyse Als Grundlage der Haftungsbeurteilung, HAVE 2010, 374

EVALOTTA SAMUELSSON, HWS-Distorsion-Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung (BGE 136 V 279), HAVE 2010, 356-359

MARKUS BORLE, Keine haftpflichtrechtliche Kausalität bei banalen Unfallereignissen, HAVE 2010, 135-140

JEAN-MICHEL DUC, Accident de type «coup du lapin» et causalité en responsabilité civile, HAVE 2009, 87-94

FABIO SCHLÜCHTER, Schadenregulierung und Statistiken, PSF 2009, 91-120

VITO ROBERTO / KRISTOFFEL GRECHENIG, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, die Rolle der Adäquanz, PSF 2009, 55-70

ISABELLE BERGER-STEINER, Der Kausalitätsbeweis, PSF 2009, 13-53

ALEX BEELER, Änderung des Fragenkataloges bei Halswirbelsäulen-Distorsionstrauma? HAVE 2008, 292-293

ROLF P. STEINEGGER, Die bitter-zarte Pflanze des «typischen Beschwerdebildes» im helvetischen Alpengarten – eine Replik zu Alex Beeler, Änderung des Fragenkataloges bei Halswirbelsäulen-Distorsionstrauma?, in: HAVE 2008, 292

EVALOTTA SAMUELSSON, Präzisierung der Schleudertrauma-Praxis (Urteil des BGer U394/06 vom 19.02.2008), HAVE 2008, 146-149

FELIX HUNZIKER-BLUM, Verkehrsunfallgutachten und Kausalitätsprüfung, HAVE 2007, 315-320

DIDIER ELSIG / JEAN-MICHEL DUC, Causalité adéquate ou inadéquate à la responsabilité civile?, HAVE 2007, 217-225

MAX B. BERGER, Das Risiko posttraumatischer Spätfolgen nach Hirnverletzung, HAVE 2007, 13-19

Vorexemplar Referenten

PETER BECK, Leistungsabbau im Sozialversicherungsrecht – Konsequenzen für die Schaden- und Regresserledigung, PSF 2007, 249-268

MICHEL VERMOT, La causalité, HAVE 2006, 83-88

GUY CHAPPUIS, La sinistralité des lésions bénignes du rachis cervical : une spécificité suisse?, HAVE 2005, 211-219

MAX SIDLER, Beweisfragen rund um das Schleudertrauma, HAVE 2005, 79-84

IRIS HERZOG-ZWITTER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition im Kontext mit der adäquaten Kausalität, HAVE 2005, 30-35

BRUNO HÄFLIGER, Invaliditätsbemessung im Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht, HAVE 2005, 3-11

BRUNO SCHATZMANN / DANIEL WERNLI, Adäquanzprüfung: Wann ist der richtige Zeitpunkt?, HAVE 2004, 119-122

PETER JÄGER, Rechtsprechung zum Schleudertrauma der Halswirbelsäule, HAVE 2003, 291-300

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

III. Erwerbs- und Rentenschaden

Grundlegende Veränderungen sind auch bei einzelnen Schadenpositionen zu verzeichnen, vor allem beim Erwerbsschaden. Zu erwähnen ist zum einen der überfällige und daher auch nicht wirklich überraschende BGE 123 III 115, in dem das Bundesgericht nach langer Kritik dem Umstand Rechnung getragen hat, dass die Erwerbstätigkeit im Regelfall im AHV-Rentenalter beendet wird. Das Bundesgericht schickte damit die legendäre Tafel 20 der 3. und 4. Auflage der Barwerttafeln STAUFFER/SCHAETZLE in die Wüste, die damals die nicht temporären Kapitalisierungskoeffizienten beherbergte und v.a. beim Erwerbsschaden angewendet worden ist. Es entspreche dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass die Erwerbstätigkeit im AHV-Rentenalter beendet wird, weshalb auf diesen Zeitpunkt zu kapitalisieren sei. Die Praxisänderung hatte darüber hinaus auch Auswirkungen auf den Hausarbeitsschaden, der damals (seit BGE 113 II 345) noch mit einem arithmetischen Mittelwert zwischen Aktivität und Mortalität kapitalisiert wurde, um sich vom Erwerbsschaden zu unterscheiden (BGE 113 II 345 E. 2.b). In BGE 129 III 135 E. 4.2.2.3 entschied das Bundesgericht dann folgerichtig, dass sich ein Mittelwert nicht mehr rechtfertigt, nachdem für die Erwerbstätigkeit eine temporäre Laufzeit angenommen wird.

Eine viel weiterreichende Änderung der Berechnung des Erwerbsschadens wurde drei Jahre später eingeleitet. Im Urteil BGE 126 III 41 wurde dem UVG-Versicherer ein Regressanspruch für die lebenslänglich ausgerichteten UVG-Renten zugesprochen und damit der Grundstein für eine neue Berechnung des Rentenschadens resp. Rentenverkürzungsschaden gelegt. Diese neue

Vorzeichnet Referenten

Schadenposition tauchte in der Rechtsprechung erstmals im Urteil «Quadranti» (BGE 113 II 345) auf. Damals hat das Bundesgericht festgestellt, dass der Haftpflichtige «auch für die Beeinträchtigung künftiger Sozialversicherungsleistungen» einstehen muss (E. 1. b). In der Folge wurden die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers in die Berechnung mit einbezogen, also auf einen Bruttobrutto-Lohn abgestellt. Diese Begründung reichte dem Bundesgericht, um auch einen Regressanspruch zuzulassen. Im Entscheid wird offengelassen, ob die Berechnung des Rentenschadens über die Sozialversicherungsbeiträge eine «vertretbare Vereinfachung» sei. Es genüge für die Anerkennung des Regressanspruchs, «dass unter dem Rentenschaden der Verlust an Altersrenten zu verstehen ist». Das Bundesgericht hatte jedenfalls «keine Bedenken, hinsichtlich des Rentenschadens auch die Voraussetzung der zeitlichen Kongruenz zu bejahen» (BGE 126 III 41 E. 3).

Der Einbezug der Sozialversicherungsbeiträge, der in BGE 116 II 295 dahin präzisiert worden ist, dass nur die rentenbildenden Arbeitgeberbeiträge relevant seien, liess eine sinnvolle Koordination aber nicht zu. Die Erhöhung des Erwerbsschadens um die Arbeitgeberbeiträge wirkte sich primär zugunsten des Direktschadens aus. Um aber festzustellen, ob die geschädigte Person durch die Invalidisierung wirklich auch bei der Altersvorsorge beeinträchtigt ist, müssen die Auswirkungen der Erwerbsunfähigkeit auf die Leistungen der AHV und der beruflichen Vorsorge ermittelt werden. Und genau das hat das Bundesgericht in einem zweiten Schritt, im Urteil 4C.197/2001 vom 12. Februar 2002, gemacht und sich mit dem Renten-Direktschaden befasst, der nicht mehr im Verlust der Sozialversicherungsbeiträge gesehen worden ist, sondern in der Differenz zwischen den hypothetischen Altersleistungen und den im Alter effektiv ausgerichteten Sozialversicherungsleistungen.

Der letzte Schritt in der Umstellung des Erwerbsschadens auf die neue Berechnungsmethode wurde in BGE 129 III 135 vollzogen und nunmehr der Nettolohn als massgebende Grösse für den Erwerbsausfall bestimmt. Der Ausgleich des Rentenschadens rechtfertigt, dass auch die Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr entschädigt werden, die früher ganz selbstverständlich einbezogen worden sind.

Die neue Berechnungsweise hat die Schadenberechnung revolutioniert, aber auch schwieriger und spekulativer gemacht. Als besonders komplex erweist sich die Berechnung der Regressansprüche, zu denen sich das Bundesgericht bis heute nie explizit geäussert hat. Der Rentenschaden definiert sich heute als nicht finanzierter Anteil der Altersrenten. Das setzt voraus, dass untersucht werden muss, wie sich der Einkommensausfall im System der AHV und der beruflichen Vorsorge auf die Altersleistungen auswirkt. Dieses tiefe Eindringen in die sozialversicherungs-

Vorexemplar Referenten

rechtlichen Finanzierungs- und Leistungsbemessungsgrundsätze lässt sich im Einzelfall kaum mehr mit einem vernünftigen Aufwand bewältigen und ist in den Anfängen auf grosse Ablehnung gestossen.

Abhilfe hat eine Tabelle geschaffen, mit der sich der Rentenschaden pauschal bestimmen lässt. Niemand hat diese Tabelle hinterfragt, die auf einer linearen statt exponentiellen Finanzierung der Altersvorsorge beruht, vielmehr haben sich die Versicherer schon früh in einer Empfehlung darauf verständigt, dass eine pauschale Berechnung genügt. Zudem konnte man damals schon mit dem Berechnungsprogramm LEONARDO den Rentenschaden pauschal oder auch mit einer etwas genaueren Methode ermitteln. Und man hat die neue Berechnungsweise nicht auf den Versorgungsschaden übertragen, obwohl sich dort die genau gleichen Überlegungen aufdrängen. Vielmehr hat man in einer Empfehlung weiterhin den Bruttolohn als massgebend erklärt.

Die neue Berechnungsmethode hat sich vor allem zugunsten der regressierenden Sozialversicherer ausgewirkt. Die Umstellung auf einen Nettolohn führt zumindest bei einem Anspruch auf UVG-Leistungen nur dann zu einem Direktschaden, wenn das Einkommen in der Zukunft steigt und nicht mehr durch die Sozialversicherungsleistungen kompensiert wird. Das gilt auch für den Rentenschaden, der sich an den hypothetischen Altersrenten orientiert.

Die Forderung, die Einkommensdynamik beim zukünftigen Schaden stärker zu beachten, fand beim Bundesgericht bislang kein Gehör. Stets wird auf die Zurückhaltung der Gerichte (als ob das ein Argument wäre) und die Besonderheiten des Einzelfalls verwiesen, für die eine Steigerung des Einkommens nicht nachgewiesen sei. Als für den Haushaltschaden eine Einkommenssteigerung von 1 % angenommen worden ist, äusserst sich das Bundesgericht auch dazu, ob beim Erwerbsschaden ebenso eine fixe Einkommensdynamik angenommen werden könne, obwohl diese Frage nicht zur Debatte stand: «Zu beachten ist, dass bei entsprechenden Berechnungen des Erwerbsausfallschadens regelmässig konkrete Umstände des Einzelfalls, insbesondere die berufliche Situation des Geschädigten berücksichtigt werden können, aufgrund derer sich auf dessen künftige hypothetische Lohnentwicklung schliessen lässt» (132 III 312 E. 3.7.2.2). Auch in diversen späteren Entscheiden hat es das Bundesgericht abgelehnt, eine generelle Reallohnerhöhung anzunehmen (so in 4A_116/2008 vom 16. Juni 2008; 4A_260/2014 vom 8. September 2014; 4A_6/2019 vom 19. September 2019).

Die immer wieder mit gleichlautenden Argumenten vorgetragene Weigerung, für die Einkommensentwicklung anstelle eines konkreten Nachweises Erfahrungswerte nach den Einkommensstatistiken zuzulassen, wirkt sich nach der Umstellung auf den Nettolohn und den Rentenschaden weit gravierender aus. Oft bleibt

Vorzeitiger Referenzen

beim Direktschaden nur noch der Haushaltschaden übrig, entsprechend gross ist dann der Druck auf diese Position.

Die Einkommen sind real in der Vergangenheit stets gestiegen. Zwar hat sich die Steigerung abgeflacht, sie liegt aber nach wie vor über 0.5%. Damit ist die generelle Einkommensentwicklung angesprochen, die nebst der individuellen den Einkommensverlauf bestimmen. Basierend auf den Lohnerhebungen lassen sich Erfahrungswerte festlegen, die als Normhypothesen herangezogen werden können und dem von Art. 42 Abs. 2 OR geforderten «gewöhnlichen Lauf der Dinge» besser gerecht, werden, als ein konstanter Lohnverlauf. Wenn das Bundesgericht im Urteil 4A_6/2019 vom 19. September 2019 in E. 5.2.2. ausführt, dass «im Unterschied zum Haushaltschaden nicht von einer generellen Lohnsteigerung auszugehen ist», verkennt es möglicherweise die Bedeutung der individuellen und generellen Einkommensentwicklung, die es in früheren Urteilen durchaus erkannt hat. Man kann wohl darüber diskutieren, ob die generelle Steigerung bei 1% liegen soll. Eine Einkommenssteigerung aber gänzlich zu verneinen, stünde im Widerspruch zu den Erfahrungswerten, die sich durch verschiedene Statistiken belegen lassen.

Die Weigerung, beim Erwerbsschaden Erfahrungswerte für die Bestimmung des Lohnverlaufs beizuziehen, gehört zu den grössten Schwächen des Personenschadenrechts. Die Geschädigten scheitern regelmässig am Nachweis der zukünftigen Einkommensentwicklung, weil sich diese nur mit statistischen Erfahrungswerten belegen lässt, zumindest, soweit nicht Karrieresprünge geltend gemacht werden. Nach wie vor ist der Erwerbsschaden die bedeutendste Schadensposition und die geltende Praxis trifft vor allem die jüngeren Geschädigten, bei denen die (individuelle) Einkommensdynamik besonders gross und die Zukunft ungewiss ist.

Erwerbsschaden

THOMAS BITTEL, Festlegung des IV-Grades in Haftpflicht und Sozialversicherung, PSF 2020, 177-227

WALTER FELLMANN, Überprüfung der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung durch das Bundesgericht, PSF 2020, 153-175

MARISA BÜTZBERGER, Erwerbsausfallschaden junger Frauen: Konkrete Probleme einer abstrakten Berechnung, PSF 2020, 99-151

PATRICK SUTER, Künftiger Erwerbsausfallschaden – Krux oder Herausforderung? PSF 2020, 53-97

STEFAN ZIEGLER, Erwerbsausfallschaden bei Selbständigerwerbenden – betriebswirtschaftliche Grundlagen, HAVE 2019, 347-356

THOMAS GEISER, Personenschaden und Familienrecht: Querbezüge, HAVE 2019, 252-258

PAOLO FERRI, Die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, PSF 2019, 39-69

RAINER DEECKE / Ulrich Kurmann, Gedanken zum haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommen, HAVE 2018, 379-394

Vorexemplar Referenten

STEPHAN WEBER / ROLAND VOSS, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadensberechnung, PSF 2018, 231-294

UELI KIESER, Invalidität von Selbständigerwerbenden, PSF 2018, 135-181

CHRISTOPH MÜLLER, Perte d'une chance – Revisited, PSF 2018, 15-34

VOLKER PRIBNOW, Status quo in der Schadensberechnung …, HAVE 2016, 319-323

VOLKER PRIBNOW / BARBARA A. MÖRI, Die Ersatzfähigkeit des entgangenen rechtswidrig erzielten Gewinns, HAVE 2016, 3-8

ROMAN GRAF, Statistische Grundlagen für die Berechnung des Erwerbsschadens – Sicht des Ökonomen, PSF 2016, 189-217

MARK SCHWEIZER, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, PSF 2016, 163-188

BRUNO PASQUIER, Beweiserleichterung und Erfahrungssätze in der Berechnung des Personenschadens, PSF 2016, 157-162

MARKUS SCHMID, Wegleitung zur Regulierung von Kinderschäden, PSF 2016, 147-156

BRUNO PASQUIER, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – Kritik an Art. 42 Abs. 2 OR, HAVE 2015, 235-239

STEPHAN WEBER, Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage, HAVE 2015, 153-160

THOMAS GEISER, Ansprüche gegen und von Arbeitgebern bei Personenschäden, PSF 2015, 111-133

THOMAS BITTEL, Kein Herz der Haftpflichtversicherung für eine erfolgreiche Wiedereingliederung der IV!, HAVE 2014, 42-47

HARDY LANDOLT, Kinder als Täter und Opfer – sozialversicherungsrechtliche Aspekte, PSF 2014, 189-216

STEPHAN FUHRER, Kinder als Täter und Opfer – privatversicherungsrechtliche Aspekte, PSF 2014, 167-187

CRISTINA SCHIAVI, Regulierung von Kinderschäden: Vom Schadennachweis und der Kristallkugel, PSF 2014, 141-166

PATRIK EICHENBERGER, Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen, PSF 2014, 113-140

HELMUT KOZIOL, Kind als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet, PSF 2014, 89-112

MANFRED DÄHLER, Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund, PSF 2014, 15-35

ANNE-SYLVIE DUPONT, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres?, HAVE 2013, 120-123

STEPHAN WEBER, Neue Rechnungsgrundlagen und Hilfsmittel für die Berechnung von Kapital und Rente, PSF 2013, 295-325

MICHEL KOLLY, AHV-Einkommensdaten, PSF 2013, 265-280

GUIDO AGGELER, Massnahmen zur Erleichterung der Arbeitsmarktbeteiligung älterer Arbeitnehmer und ihre Umsetzung, HAVE 2012, 337-346

RAINER DEECKE / Holger Hügel, Bei der Suva «DAP»en Sie in die Falle! Eine Arbeitgeberbefragung wirft neue Fragen auf, HAVE 2012, 24-31

CHRISTIAN HUBER, Der Personenschaden – ein monolithischer Blick oder Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, PSF 2012, 241-250

Vorexemplar Referenten

VOLKER PRIBNOW, Schadensberechnung – Schollen ausser Sicht, PSF 2012, 229-239

SELIN ELMIGER-NECIPOGLU, Calcul de la perte de gain temporaire pour une personne sans emploi, HAVE 2011, 398-400

UELI KIESER, Eingliederung aus Rente – Entwicklungen im Rahmen der 6. IV-Revision, HAVE 2011, 304-307

CHRISTIAN HUBER, Zwei neuere BGH-Entscheidungen zur Erwerbsschadenprognose, HAVE 2011, 253-259

ADRIAN RUFENER, Steuerfolgen bei Personenschäden, PSF 2011, 93-112

VOLKER PRIBNOW, Erwerbsausfall: Netto- statt Bruttoeinkommen (Urteil des BGer 4A_598/2009 vom 29.03.2010), HAVE 2010, 255-256

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – Eine kritische Standortbestimmung, PSF 2010, 281-360

MARC HÜRZELER, Die Koordination von Altersleistungen im Sozialversicherungsrecht, PSF 2010, 73-103

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Nominal statt real, HAVE 2009, 417-419

KURT PÄRLI, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, HAVE 2009, 260-272

JEAN BAPTISTE HUBER, AHV-Einkommensstatistik und individueller Reallohnverlauf, HAVE 2009, 85-86

JEAN BAPTISTE HUBER, Statistische Schadensberechnung und Schadenregulierung. Die Bestimmung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Statistiken, PSF 2009, 121-141

FABIO SCHLÜCHTER, Schadenregulierung und Statistiken, PSF 2009, 91-120

BRUNO SCHATZMANN, Einige Gedanken zum massgeblichen Einkommen, HAVE 2008, 286-289

STEPHAN WEBER, Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, PSF 2008, 291-299

THOMAS M. MANNSDORFER, Vereinfachung der Schadenregulierung, PSF 2008, 263-290

HARDY LANDOLT, Strukturelle Vereinfachung des Haftpflichtrechts, PSF 2008, 231-261

ROLAND BREHM, Die problematische Berechnung des Dauerschadens, PSF 2008, 223-230

MARC HÜRZELER, Die Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung und der beruflichen Vorsorge, PSF 2008, 167-222

FRANZ ERNI / MARKUS HÜSLER / SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Eigenheiten der Invaliditätsbemessung im UVG, PSF 2008, 123-165

BRUNO SCHATZMANN, Die Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht am Beispiel des Erwerbsschadens, PSF 2008, 51-122

MARKUS SCHMID, Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht. Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, PSF 2008, 13-50

BERNHARD A. KOCH, Personenschäden in Europa – Aktuelle Trends, PSF 2007, 305-321

PETER BECK, Leistungsabbau im Sozialversicherungsrecht – Konsequenzen für die Schaden- und Regresserledigung, PSF 2007, 249-268

VOLKER PRIBNOW, Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit (Urteil des BGer 4C.177/2006 vom 22.09.2006), HAVE 2006, 348

ADRIAN RUFENER, BGE 132 II 128 betreffend Besteuerung einer Invalidenrente nach IVG, HAVE 2006, 144-148

Vorsemester Referenten

MARC SCHAETZLE, Wie künftig Lohn- und Kostenentwicklungen sowie Pensionskassenleistungen zu berücksichtigen sind (BGE 132 III 321), HAVE 2006, 136-144

ALEXANDRE GUYAZ, Dommage subséquent et perte de gain normative (ATF 4C.324/2005 du 05.01.2006), HAVE 2006, 126-132

BRUNO SCHATZMANN, Das massgebliche Einkommen zur Berechnung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, HAVE 2006, 73-75

UELI KIESER, Sozialversicherungsrechtliche Leistungen – Entwicklungen in Rechtsetzung und Rechtsprechung, PSF 2006, 199-235

ALEXANDER WARZILEK, Einkommensverlust aufgrund persönlichkeitsverletzender Medienberichterstattung, HAVE 2005, 335-337

VOLKER PRIBNOW / MARKUS ZIMMERMANN, Einkommensnachweis, Omnikongruenz und Haushaltschaden, HAVE 2005, 140-147

MARC SCHAETZLE, Lehren aus einer komplexen Schadensberechnung, HAVE 2005, 46-53

BRUNO HÄFLIGER, Invaliditätsbemessung im Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht, HAVE 2005, 3-11

BERNHARD STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall in der IV, UV und (obligatorischen) BV, PSF 2005, 63-138

DAVID DORN / THOMAS GEISER / CHRISTOPH SENTI / ALFONSO SOUSA-POZA, Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Lohnstrukturerhebung, PSF 2005, 39-61

WALTER FELLMANN, Normativierung des Personenschadens, der Richter als Gesetzgeber?, PSF 2005, 13-38

Stephan Weber, Keine Minderung von Zins und Schaden, HAVE 2004, 306-311

HANSJÖRG STEINER, Rentenschaden und Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, HAVE 2004, 214-217

CHRISTOPHE GROSS / ALEXIS OVERNEY, Le lésé privé du droit d'action directe de la LCR ? ou une autre approche de l'arrêt du TF du 19.12.2002, HAVE 2003, 326-329

VOLKER PRIBNOW, Haushalts- und Erwerbsschaden der Teilzeiterwerbstätigen vor dem Zürcher Handelsgericht, HAVE 2003, 317-325

MICHAEL B. GRAF, Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, HAVE 2003, 269-270

RAPHAËL BARRAS, La surindemnisation dans l'assurance-accidents facultative, HAVE 2003, 220-234

FERNAND CERF, Perte de gain future, HAVE 2003, 181-187

VOLKER PRIBNOW, Nettolohn, Lohnentwicklung und Haushaltschaden vor dem Bundesgericht [BGE 129 III 135], HAVE 2003, 50-53

BERNHARD A. KOCH / HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, PSF 2003, 13-33

HANSJÖRG STEINER, Festlegung der Invalidität im privaten Unfallversicherungsrecht (BGE 127 III 100 ff.), HAVE 2002, 123-126

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

Rentenschaden

STEPHAN WEBER, Neue Berechnungsmethoden und Kalkulationshilfen für den Personenschaden, HAVE 2018, 360-376

Vorexemplar Referenten

THOMAS GÄCHTER, (K)ein Problem mit dem Rentenalter in der «Vorsorge 2020»?, HAVE 2015, 88-90

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, 10 Jahre « Empfehlung zum Rentenschaden », HAVE 2011, 450-453

HANSJÖRG STEINER, Rentenschaden und Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, HAVE 2004, 214-217

THOMAS FREI / THEODOR BICHSEL, Revision der Empfehlung zum Rentenschaden (Ziff. 3.3.3), HAVE 2004, 156-158

BRUNO SCHATZMANN, Rentenschaden im Invaliditätsfall: Stand der Diskussion (Teil 2), HAVE 2002, 342-351

BRUNO SCHATZMANN, Rentenschaden im Invaliditätsfall: Stand der Diskussion (Teil 1), HAVE 2002, 253-261

MARC SCHAETZLE, Rentenschaden – Praxisänderung [Urteil des BGer 4C.197/2001 vom 12.02.2002], HAVE 2002, 205-207

PETER BECK, Empfehlungen zum Rentenschaden, Recommandation relative au calcul du dommage de rente, HAVE 2002, 139-147

IV. Haushaltschaden

Die gute Nachricht vorweg: Im Gegensatz zum Erwerbsschaden haben beim Haushaltschaden in den letzten Jahren Statistiken Einzug gehalten. Die Geburtsstunde für ein neues Verständnis des Haushaltschadens hat vor rund 40 Jahren mit dem Entscheid «Blein» in BGE 108 II 434 geschlagen. Damals wurde bereits festgehalten, dass es nicht darauf ankomme, ob der Versorgte nach dem Tod eine Hilfskraft anstellt, massgebend sei der wirtschaftliche Wert der Tätigkeit der Hausfrau. Da der Stundenaufwand im Haushalt schwer zu ermitteln sei und dies billigerweise nicht gefordert werden könne, sei auf Statistiken abzustellen. Zudem sei für den Lohn ein qualitativer Zuschlag zu machen, weil die Tätigkeit als wertvoller als die einer entsprechenden Hilfskraft eingestuft worden ist.

Als dann in BGE 127 III 403 von einem normativen Schaden die Rede war, wurde also kein Neuland betreten, gleichwohl seien die Ausführungen zitiert: «Der Schaden aus eingeschränkter oder entfallener Arbeitsfähigkeit zur Führung des Haushalts wird nach der Rechtsprechung nicht bloss ersetzt, wenn konkret Kosten für Haushalthilfen erwachsen, die wegen des Ausfalls der Haushalt führenden Person beigezogen werden; auszugleichen ist vielmehr der wirtschaftliche Wertverlust, der durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit im Haushalt entstanden ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der Teilinvaliden, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt (…). Der "normativ", gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret

Vorexemplar Referenten

entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde» (a.a.O. 4. b).

Gleichzeitig spielt das Bundesgericht im Entscheid mit den Wertungen und zeigt die Grenzen auf, wenn es für die unentgeltlich erbrachte Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten den konkreten Nachweis einer finanziellen Einbusse verlangt. Das entspricht dem Wesen des normativen Schadens, der solche Spielräume eröffnet und Wertungen an die Stelle rein logischer Rechenoperationen treten lässt. Die Begründung kann gleichwohl nicht recht überzeugen. Das Bundesgericht lehnt die Berechnung gestützt auf eine fiktive «Wertschöpfung» ab und verlangt, dass ein Mehraufwand durch die Anstellung einer Ersatzkraft oder ein Minderertrag nachgewiesen sein muss. Auch das ist nicht ganz unproblematisch, handelt es sich dabei doch um einen Reflexschaden des Ehegatten, der schwer zu begründen ist.

Hier greifen familienrechtliche Unterhaltspflichten und haftpflichtrechtliche Grundsätze ineinander, mit dem Ergebnis, dass auch Nachteile, die Angehörige erleiden, auszugleichen sind, was aber nichts daran ändert, dass sie sich im betrieblichen Kontext als Vermögensschaden manifestieren müssen. Trotz der Reflexwirkung wird eine Schadenminderungspflicht der Angehörigen abgelehnt: «Aus der abstrakten Berechnung des Haushaltschadens und der Entschädigung auch der durch den Entzug familienrechtlicher Beitragsleistungen reflexweise geschädigten Personen ergibt sich, dass vom Ehepartner nicht verlangt werden kann, zur Schadensminderung vermehrt an Haushaltarbeiten beizutragen. Die Beklagte verkennt dies, wenn sie die Ansicht vertritt, bei der Berechnung des Schadens aus Haushaltführung sei die vermehrte Mitarbeit des Ehepartners schadensmindernd zu berücksichtigen» (a.a.O. 4. bb).

Weitere Entwicklungsschritte beim Haushaltschaden erfolgten im bereits erwähnten BGE 129 III 135: Das Bundesgericht hat in diesem Urteil die Wahl zwischen einer abstrakten, ausschliesslich auf statistische Daten gestützte Schadenschätzung und einer Berechnung anhand der konkreten Verhältnisse zugelassen und darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht Erfahrungswerte als Rechtsfrage würdigt, aber nur zurückhaltend eingreife (E. 4.2.1). Das Vorgehen, das in späteren Urteilen immer wieder thematisiert worden ist und um das sich nach wie vor Diskussionen drehen, wird dabei wie folgt beschrieben: Das Gericht geht vom medizinisch-theoretischen Grad der Invalidität aus und prüft die Auswirkungen auf die einzelnen Hausarbeiten. Für die Bestimmung des Zeitaufwandes werden erstmals die SAKE-Daten herangezogen, die das Bundesgericht als geeignete Grundlage bezeichnet. Als Erfahrungsregeln konnten sie vom Bundesgericht für die Schadenberechnung herangezogen werden, obwohl der Kläger tiefere Werte geltend

Vorexemplar Fachverlagen

gemacht hat, da sie als Rechts- und nicht als Tatfrage gewürdigt worden sind (E. 4.2.2.1).

Das Bundesgericht liess sich auch davon überzeugen, dass der Haushaltschaden nicht weiterhin mit einem Mittelwert zwischen Aktivität und Mortalität berechnet wird. Wie schon ausgeführt war der Weg frei, nachdem der Erwerbsschaden als temporäre Rente kapitalisiert wurde und damit dem Umstand Rechnung getragen worden ist, dass eine berufliche Tätigkeit weniger lang ausgeübt wird.

Die Fortsetzung der Diskussionen rund um den Haushaltschaden erfolgte dann in BGE 132 III 321. Auch dieser Entscheid bestätigt, dass die SAKE-Erhebungen eine repräsentative Grundlage für die Ermittlung des Zeitaufwandes im Haushalt darstellen, und nimmt den Ball bei der Lohnentwicklung auf, für die es im Sinne einer Normhypothese eine Lohnsteigerung von 1% bis zum AHV-Alter festlegt. Für die Begründung holt das Bundesgericht weit aus und legt ein klares Bekenntnis für eine statistisch basierte Schadensberechnung ab. Zudem wird erkannt, dass bei den Lohnstatistiken die rückläufigen Einkommen mit der Invalidisierung zusammenhängen, die mit der Kapitalisierung nach Aktivität u.U. doppelt erfasst werden. Nach dem Bundesgericht ist die Lohnsteigerung über das 50. Altersjahr hinaus zu berücksichtigen, eine Altersgrenze, die für die Annahme einer Lohnsteigerung beim Erwerbsschaden vorgeschlagen wird.

Dem ist zuzustimmen, problematisch ist aber die zeitliche Limitierung der Lohnsteigerung im AHV-Alter, die damit begründet wird, dass ab diesem Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit einer Arbeitskraft nachlasse und sie daher nicht mehr mit Reallohnerhöhungen rechnen kann. Spätestens an dieser Stelle hätte sich das Bundesgericht entscheiden müssen, ob es vom Restitutions- oder vom Kompensationsgedanken ausgeht, ob die Wertschöpfung der geschädigten Person oder die Kosten einer Ersatzkraft Grundlage der Schadenberechnung bilden sollen. Im Grunde hängt der Entscheid der Berechnungsmethode von der betroffenen Person ab, eine Frage, die aber noch nicht geklärt ist. Wenn keine Ersatzkraft eingestellt wird und eine abstrakte Berechnung mit dem hypothetischen Stundenaufwand nach SAKE zur Grundlage genommen wird, dann passt die Wertschöpfung besser, für die dann die abnehmende Leistungsfähigkeit tatsächlich eine Rolle spielt.

Die Entwicklungen beim Haushaltschaden sind zu begrüssen. Das modellhafte Rechnen mit statistischen Daten lässt es zu, schon sehr früh eine Einschätzung des Quantitativs vorzunehmen. Nicht gelungen ist es bis heute aber, die abstrakten Elemente mit den konkreten zu verbinden. Das führt immer wieder zu Diskussionen und Unsicherheiten, angefangen bei der Frage, ob eine Wahlmöglichkeit zwischen konkret und abstrakt besteht, hin zur Frage, welche Nachweise erbracht werden müssen, wenn die SAKE-Daten angewendet werden und wie alsdann der

Vorschau der Referenten

Invaliditätsgrad zu bestimmen ist. Fraglich ist aber auch, ob z.B. ein Spital- oder Heimaufenthalt an der Schadenberechnung etwas ändert, oder auch der Umstand, dass durch die Verletzung davon ausgegangen werden kann, dass keine Partnerschaft und Kinder mehr möglich sind, obwohl dies hypothetisch wahrscheinlich gewesen wäre. Diese Unsicherheiten könnten aufgelöst werden, wenn der Haushaltschaden dogmatisch klarer einsortiert wird.

Der Stundenansatz gehört zu den weiteren Mysterien bei der Berechnung des Haushaltschadens. Der einst eingeführte Qualitätszuschlag, der sich nur schwer begründen lässt, wurde nicht aus der Welt geschafft, aber auch nie dazu Stellung genommen, ob mit einem Generalisten- oder Spezialistenansatz zu rechnen ist. Entschieden wurde einzig, dass ein Brutto-brutto-Lohn geschuldet ist, was zur Substitutionsperspektive passt. In der Praxis wird der Stundenansatz meist pauschal festgelegt, wobei dieser seit den Neunzigerjahren um einen Betrag von CHF 30 kreist, ein Betrag, der vom Bundesgericht als mit dem Schätzungsermessen vereinbar betrachtet wird (Urteil 4A_200/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.1).

Solche Unschärfen machen sich vor allem in der prozessualen Durchsetzung der Ansprüche stark bemerkbar. Die Anforderungen an die Substanziierung des Haushaltschadens sind bis heute nicht geklärt und dabei wird es bleiben, solange die dogmatischen Fragen nicht entschieden sind. Die Rechtsprechung schwankt zwischen einer grosszügigen Haltung, nach der «konkrete Angaben, in welchen Tätigkeiten die geschädigte Person in welcher Weise beeinträchtig ist, nicht erforderlich seien», weil das «kaum praktikabel» wäre (Urteil 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 3.2) und der Forderung, dass der Zuschnitt des Haushalts und die Rolle, die die geschädigte Person darin spielt, nachzuweisen seien, ebenso auch welche Tätigkeiten verletzungsbedingt nicht mehr möglich sind (Urteil 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.4 und 4.5). Bei einer Berechnung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE-Daten ist es naheliegend, die Einschätzung des Invaliditätsgrades auf dem Hintergrund der dort aufgeführten Tätigkeiten vorzunehmen. Eine gesundheitliche Beeinträchtigung kann sich in den verschiedenen Aktivitäten durchaus unterschiedlich auswirken und diesen kommt ein unterschiedliches Gewicht zu. Jedenfalls muss nicht konkret nachgewiesen werden, inwieweit die betroffene Person in ihrem Haushalt und bei den von ihr ausgeführten Tätigkeiten eingeschränkt ist, damit ist bei einer abstrakten Berechnung nichts gewonnen. Substanziiert werden muss, in welcher Haushaltsituation die betreffende Person lebt und welchen Umfang die Erwerbstätigkeit einnimmt. Danach sind die nötigen Angaben beisammen und es lassen sich auch Konstellationen zuordnen, die nicht direkt in den SAKE-Tabellen abgebildet sind. Jedenfalls sollten die statistischen Daten den Ausgangspunkt der Schadenschätzung bilden, denn ein Nachweis des Aufwandes durch die geschädigte Person ist weit weniger verlässlich.

Vorexemplar Referenten

Auch über den Haushaltschaden ist viel geschrieben worden. Er war Thema der ersten Ausgabe unserer Zeitschrift und stand beim ersten Personen-Schaden-Forum ebenfalls auf dem Programm. Grund genug, VOLKER PRIBNOW nun auch den Blick zurück und in die Zukunft zu überlassen.

IGNACIO MORENO, Der Haushaltschaden wird erwachsen, HAVE 2021, 35-42

THOMAS BITTEL, Festlegung des IV-Grades in Haftpflicht und Sozialversicherung, PSF 2020, 177-227

IGNACIO MORENO, Der Haushaltschaden – die verbliebenen schwarzen Löcher, HAVE 2018, 269-274

STEPHAN WEBER / ROLAND VOSS, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadensberechnung, PSF 2018, 231-294

VOLKER PRIBNOW, Abstrakter Haushaltschaden vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich, HAVE 2017, 56-62

JACQUELINE SCHÖN-BÜHLMANN, Statistische Eckdaten zur Haus- und Familienarbeit: SAKE-Tabellen 2010, PSF 2013, 281-293

ANDREAS KLIPSTEIN, Bemessung des Haushaltführungsschadens – aus ärztlich medizinischer Sicht («Haushaltassessment»), PSF 2013, 255-264

BERNHARD STUDHALTER, Die IV-Haushaltabklärung – Anwendungsbereich, Methode und Verhältnis zum haftpflichtrechtlichen Haushaltschaden, PSF 2013, 209-254

KARIN KYBURZ, Leistungseinschränkung im Haushalt – Stellenwert des Haushaltassessments und anderer Instrumente, PSF 2013, 173-208

JAN HERRMANN, Haftpflichtrechtliche Überlegungen zur Beeinträchtigung in der Haushaltführung, PSF 2013, 133-172

ADRIAN ROTHENBERGER / IRIS HERZOG-ZWITTER, Studie des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) zum Thema « Liability for loss of housekeeping capacity », HAVE 2012, 385-392

JACQUELINE SCHÖN-BÜHLMANN, SAKE-Tabellen 2010: Neue Referenzdaten zur Haus- und Familienarbeit, HAVE 2012, 222-223

CHRISTIAN HUBER, Der Personenschaden – ein monolithischer Blick oder Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, PSF 2012, 241-250

VOLKER PRIBNOW, Schadensberechnung – Schollen ausser Sicht, PSF 2012, 229-239

ERNST KARNER, Der Haushaltschaden im europäischen Vergleich, PSF 2012, 165-186

ADRIAN RUFENER, Steuerfolgen bei Personenschäden, PSF 2011, 93-112

DAVID WEISMANN / URS KRÖPFLI, Erhebung und Quantifizierung der Einschränkungen im Haushalt, HAVE 2010, 293-297

SÖNKE JOHANNES / HANS GEORG KOPP, Die Evaluation der funktionellen Haushaltfähigkeit, HAVE 2010, 286-293

PETER KAUFMANN / URS ESCHMANN / LUZIUS HAFEN, Haushaltassessment – das Ei des Kolumbus?, HAVE 2010, 13-20

STEPHAN WEBER / MARC Schaetzle, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – Eine kritische Standortbestimmung, PSF 2010, 281-360

VOLKER PRIBNOW, Neue Zahlen zum Haushaltschaden (SAKE 2007), HAVE 2009, 217

CHRISTIAN HUBER, Das Ausmass des Haushaltführungsschadens in Abhängigkeit von Tabellenwerken, HAVE 2009, 109-124

FABIO SCHLÜCHTER, Schadenregulierung und Statistiken, PSF 2009, 91-120

Vorexemplar Referenten

VOLKER PRIBNOW, Haushaltschaden: ars abstracta iuridicialis (Urteile des BGer 4A_19/2008 vom 01.04.2008 und 4A_98/2008 vom 08.05.2008), HAVE 2008, 241-244

HARDY LANDOLT, Strukturelle Vereinfachung des Haftpflichtrechts, PSF 2008, 231-261

MARC HÜRZELER, Die Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung und der beruflichen Vorsorge, PSF 2008, 167-222

MARKUS SCHMID, Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht. Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, PSF 2008, 13-50

MARC SCHAETZLE, SAKE-Interpretationen, PSF 2007, 93-109

JACQUELINE SCHÖN-BÜHLMANN, Haushaltschaden: Erste Erfahrungen mit den neuen SAKE-Tabellen 2004, PSF 2007, 77-92

ANDREAS SIDLER, Ehrenamtliche Tätigkeit im Haftpflichtrecht, PSF 2007, 61-76

CHRISTA KISSLING, Haushaltschaden und Ausfall anderer unentgeltlicher Tätigkeiten – Begründungsansätze und Grundsätze der Schadensberechnung, PSF 2007, 15-60

SANDRINE JORDAN / IDA GIACCHETTA, Préjudice menager: La dérive normative, HAVE 2006, 399-400

MASSIMO PERGOLIS, Reallohnentwicklung beim Haushaltschaden? Gedanken zum BGE 132 III 321, HAVE 2006, 401-403

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Ist Haushalttätigkeit, die anstelle von Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, separat abzugelten?, HAVE 2006, 273-277

UELI KIESER, Sozialversicherungsrechtliche Leistungen – Entwicklungen in Rechtsetzung und Rechtsprechung, PSF 2006, 199-235

MARC SCHAETZLE, Zur Anwendung der neuen SAKE-Tabellen, HAVE 2006, 175-176

BEATRICE HIRSCHY-NIETLISPACH / MARTHA STEINER-TÖNGI, Feststellung der Leistungseinschränkung im Haushalt (Arbeitsplatz Haushalt – Haushaltschaden, HAVE 2006, 173-174

MASSIMO PERGOLIS, Haftpflichtrechtlicher Haushaltschaden und die neuen Tabellenserie des BFS zum Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit vom Juni 2006, HAVE 2006, 169-172

VOLKER PRIBNOW, SAKE 2004: Kollektives Haushaltsverständnis als statisch erfasste allgemeine Lebenserfahrung, HAVE 2006, 167-169

HANS PETER WALTER, Die statistischen Eckdaten in der Rechtsprechung, HAVE 2006, 164-166

STEPHAN WEBER, Neue SAKE-Zahlen zum Haushaltschaden, HAVE 2006, 163-164

JACQUELINE SCHÖN-BÜHLMANN, Die SAKE-Daten 2004 – zum Stand des Projekts «Statistische Datengrundlagen zur Bemessung der Haushaltschadens» im Bundesamt für Statistik, HAVE 2006, 67-68

JEAN BAPTISTE HUBER, Schadenminderungspflicht und Haushaltschaden, HAVE 2005, 375-376

JEAN-MICHEL DUC, L'obligation de réduire le dommage ménager selon la jurisprudence du TFA et du TF, HAVE 2005, 278-279

IRIS HERZOG-ZWITTER, Haushaltschaden, normativer Schadenbegriff und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadenminderungspflicht im Haftpflichtrecht, HAVE 2005, 275-277

MASSIMO PERGOLIS / CORNELIA DÜRR BRUNNER, Ungereimtheiten beim Haushaltschaden, HAVE 2005, 189-201

VOLKER PRIBNOW / MARKUS ZIMMERMANN, Einkommensnachweis, Omnikongruenz und Haushaltschaden, HAVE 2005, 140-147

Vorexemplar Referenten

ALFONSO SOUSA-POZA / ROLF WIDMER, Die Berechnung des Haushaltschadens: Mittelwert oder Median?, HAVE 2005, 85

MARC SCHAETZLE, Lehren aus einer komplexen Schadensberechnung, HAVE 2005, 46-53

WALTER FELLMANN, Normativierung des Personenschadens, der Richter als Gesetzgeber?, PSF 2005, 13-38

GUY CHAPPUIS, Le préjudice ménager: encore et toujours ou les errances du dommage normatif, HAVE 2004, 282-289

ROBERT GEISSELER, Schaden und unentgeltliche Arbeit, HAVE 2004, 257-259

ROCHUS GASSMANN, Ehrenamtliche Tätigkeit im Haftpflichtrecht, HAVE 2004, 253-257

ATILAY ILERI, Altruistischer Schaden, HAVE 2004, 251-253

FRANZ WERRO, Du dommage ménager au dommage monacal ou de la relativisation du dommage normatif, HAVE 2004, 247-251

PETER JÄGGI, Schadenersatz für nicht entschädigte Tätigkeiten, Gutachten zur Frage der Entschädigung eines invaliden Ordensbruders, HAVE 2004, 245-247

ADRIAN RUFENER, Haushaltschaden und Steuerrecht, HAVE 2004, 145-146

VOLKER PRIBNOW, Haushalts- und Erwerbsschaden der Teilzeiterwerbstätigen vor dem Zürcher Handelsgericht, HAVE 2003, 317-325

ROLF WIDMER / ALFONSO SOUSA-POZA, Haushaltschaden und SAKE: neue Entwicklungen, HAVE 2003, 173-174

VOLKER PRIBNOW, Nettolohn, Lohnentwicklung und Haushaltschaden vor dem Bundesgericht [BGE 129 III 135], HAVE 2003, 50-53

BERNHARD A. KOCH / HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, PSF 2003, 13-33

VOLKER PRIBNOW / ALFONSO SOUSA-POZA / ROLF WIDMER, Aktualisierte Stundensätze für den Haushaltschaden, HAVE 2002, 235

PETER GOMM, Haushaltschaden in der Opferhilfe (Urteil des BGer [1A.252/2000] vom 08.12.2000), HAVE 2002, 49-52

VOLKER PRIBNOW / ROLF WIDMER / ALFONSO SOUSA-POZA, Thomas Geiser, Die Bestimmung des Haushaltschadens auf der Basis der SAKE, HAVE 2002, 24-41

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

ALFONSO SOUSA-POZA / ROLF WIDMER, Monetäre Bewertung des Haushaltschadens, PSF 2002, 23-36

VOLKER PRIBNOW, Der Haushaltschaden: damnum emergens und nicht lucrum cessans, PSF 2002, 11-22

V. Betreuungs- und Pflegeschaden

Zu den wichtigeren Urteilen gehört das Urteil «Kramis» (4C.276/2001 vom 26. März 2002), das es zwar nicht in die amtliche Sammlung geschafft hat, aber viele Entwicklungen aus anderen Urteilen aufgreift und weiter präzisiert und die normative Berechnung des Pflegeschadens klar anerkannt hat. Hintergrund des

Vorexemplar Referenten

Urteils bildet die Pflege einer bei einem Verkehrsunfall schwerstinvalidisierten jungen Frau durch ihre Mutter. Eine solche Tätigkeit ist gleich wie die Haus- und Familienarbeit auch dann zu ersetzen, wenn sie unentgeltlich erfolgt. Ein Abzug wegen Steuerersparnissen könne nicht berücksichtigt werden, da der Schaden der verunfallten Person und nicht jener der Angehörigen abzugelten sei, ebenso seien die Sozialversicherungsbeiträge geschuldet, denn die geschädigte Person müsse so gestellt werden, dass sie frei wählen kann, wie sie die notwendige Pflege organisieren will. Für die Schadenberechnung sei auf die Kosten abzustellen, welche die Pflege bei marktgerechter Entlöhnung verursachen würde, was sich auch zu Gunsten des Haftpflichtigen auswirken könne, da dieser Marktwert auch die Grenze für den allfälligen Ersatz eines Erwerbsausfalls der Angehörigen bilde. Die Berechnung der Vorinstanz, die auch die Sozialversicherungsbeiträge berücksichtigt, also mit einem Brutto-brutto-Lohn gerechnet hat, die Ferien und einen dreizehnten Monatslohn entschädigt hat, halte in allen Teilen vor Bundesrecht stand.

Auch im Urteil 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 wird bestätigt, dass bei der Pflege durch Familienangehörige sowohl für den bisherigen wie für den zukünftigen Schaden vom ortsüblichen Ansatz einer Pflegekraft auszugehen und der Bruttolohn zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge zu vergüten sei. Allfällige Zuschläge für Sonntagarbeit und Ferien seien ebenfalls geschuldet.

Das Urteil beschäftigt sich in E. 3.3. zudem mit dem Besuchsschaden und kommt zum Schluss, dass sich bei schweren Unfällen Besuche ausnahmsweise als erforderlich erweisen können. In diesem Fall könne es gerechtfertigt sein, der geschädigten Person den konkreten Aufwand der Angehörigen für Besuche nach den Regeln des Auftrags oder der Geschäftsführung zu überbinden und den Haftpflichtigen entsprechend zum Ersatz zu verpflichten. Ersatzfähig seien jedoch allein die besuchsbedingten Zusatzaufwände wie notwendige Reise- oder Transportkosten oder unvermeidbarer Lohnausfall. Anders als der Pflegeschaden könne der Besuchsschaden aber nicht normativ bestimmt werden, da Besuche im Spital oder Pflegeheim nicht als Leistung Dritter bewertet werden, die einen Marktwert haben.

Viel zu reden gegeben hat das Urteil 4A_6/2019 vom 19. September 2019, in dem der Pflegeschaden einer Paraplegikerin abgewiesen worden ist, dies mit folgender, in E. 4.5 nachzulesenden Begründung: «Es genügt für den Ersatz eines Schadens das Risiko nicht, dass ein Schaden zu einem ungewissen Zeitpunkt in einer unbestimmten Höhe entstehen kann; selbst wenn der Risikoeintritt noch so wahrscheinlich ist. Wenn die Vorinstanz eine Analogie zur Risikoberechnung von Versicherungen macht, verkennt sie den Schadensbegriff als konkrete Vermögenseinbusse (vgl. BGE 144 III 155 E. 2.2, 2.3.5; 132 III 564 E. 6.2 mit Hinweisen). Es bedarf

Vorexemplar Referenten

konkreter Anhaltspunkte dafür, dass (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) ein konkreter Schaden zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem bestimmten Ausmass eintreten wird, damit eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen werden kann.»

Auch bei der Sterblichkeit kann kein bestimmter Zeitpunkt für den Todeszeitpunkt angegeben werden. Die durchschnittliche Lebenserwartung gibt entgegen einem weitverbreiteten Missverständnis nicht den Zeitpunkt an, an dem Personen üblicherweise sterben. Vielmehr verhält es sich so, dass zu diesem Zeitpunkt rund die Hälfte der Personen noch am Leben sind und später sterben, die anderen sind zu einem früheren Zeitpunkt gestorben. Beim Kapitalisieren verwendet man sog. Überlebensordnungen, bestimmt also Jahr für Jahr die Sterblichkeit. Eine solche Grundlage wird man bei Pflegefällen kaum je beibringen können. Bei den einen Unfallopfern wird eine vermehrte Drittabhängigkeit schon früh eintreten, andere können sich sehr lange selbst pflegen. Verlangt man eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dann wählt man den Zeitpunkt, in dem mindestens 75% der Invaliden pflegebedürftig werden und entfernt sich damit weit von einer Durchschnittsbetrachtung.

Es bleibt nichts anderes übrig, als aufgrund der verfügbaren Angaben eine Schätzung vorzunehmen. Jedenfalls handelt es sich weder um eine Verkennung der Beweislastregeln noch gar des Schadenbegriffs, wenn das Gericht Annahmen trifft, sondern um eine Anwendung des Sachverhaltsermessens, das Art. 42 Abs. 2 OR dem Richter auferlegt. Für den Pflege- und Betreuungsschaden kann nicht einfach auf Statistiken zurückgegriffen werden. Das sollte aber nicht dazu führen, dass ein Pflegeschaden verneint wird, wenn der Eintritt und Umfang nicht mit Expertisen oder Statistiken bestimmt werden kann, aber mit «noch so hoher» Wahrscheinlichkeit von einer Pflegesituation ausgegangen werden muss. Die Rechtsdurchsetzung darf bei einem Schadenersatzanspruch nicht scheitern, wenn die ersatzpflichtige Person die Beweisschwierigkeiten zu verantworten hat. Die Beweisschwierigkeiten hängen auch damit zusammen, dass die Selbstpflege nicht entschädigt wird, womit der spätere Zeitpunkt für die Drittabhängigkeit zu bestimmen ist. Würde man auch diesen Pflegeschaden ersetzen, könnte man zumindest ein Teil der Beweisprobleme vermeiden.

In Fällen wie diesen wäre es ratsam, den Schaden pendent zu halten und die Parameter der Entschädigung in einem Vergleich zu vereinbaren. In einem Prozess riskieren die Geschädigten aber, mit einer negativen Feststellungsklage konfrontiert zu werden und mit den illiquiden Ansprüchen zu scheitern. Das Problem liegt allerdings an der grosszügigen Zulassung der negativen Feststellungsklage sowohl bei echten (BGE 143 III 506) wie auch bei unechten Teilklagen (BGE 145 III 299),

Vorzeitige Reproduktion

die eine so stossende Situation erst möglich gemacht haben (es sei auf den Beitrag von RAINER DEECKE in diesem Tagungsband verwiesen, wo die verfahrensrechtliche Entwicklung rund um die Personenschäden aufgezeigt wird).

Immer wieder hat sich HARDY LANDOLT beim Betreuungs- und Pflegeschaden zu Wort gemeldet. Er fasst die wichtigsten Entwicklungsschritte auch in diesem Tagungsband kritisch zusammen.

HARDY LANDOLT, Querschnittgelähmt, aber nicht hilfsbedürftig!, HAVE 2019, 394-399
HARDY LANDOLT, Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen?, HAVE 2019, 357-360
HARDY LANDOLT, Regress für Pflegekosten, HAVE 2017, 324-326
MARK SCHWEIZER, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, PSF 2016, 163-188
HARDY LANDOLT, Essenzielle Entwicklungen im neuen Jahrhundert: Der Betreuungs- und Pflegeschaden, PSF 2012, 251-276
CHRISTIAN HUBER, Der Personenschaden – ein monolithischer Blick oder Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, PSF 2012, 241-250
HARDY LANDOLT, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, HAVE 2011, 115-126
HARDY LANDOLT, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden …, HAVE 2011, 3-11
ADRIAN RUFENER, Steuerfolgen bei Personenschäden, PSF 2011, 93-112
STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – Eine kritische Standortbestimmung, PSF 2010, 281-360
HARDY LANDOLT, Soziale Sicherheit älterer Geschädigter und ihrer Angehörigen, PSF 2010, 13-46
HARDY LANDOLT, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden – oder sogar beides?, HAVE 2009, 3-8
HARDY LANDOLT, Präsenzzeitschadenersatz (Urteil Oger LU vom 27.09.2006, HAVE 2007, 35-40
HARDY LANDOLT, Relevanter Schaden bei der Betreuung durch Angehörige (Urteil OLG Bamberg vom 28.06.2005), HAVE 2006, 238-243
DANIEL N. KAUFMANN, Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, HAVE 2003, 123-130
ROBERT ETTLIN, Sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit, PSF 2003, 115-144
HARDY LANDOLT, Der Pflegeschaden, PSF 2003, 67-114
MARC SCHAETZLE, Betreuungsschaden – Marktgerechte Entlöhnung und nominallohnindexierte, lebenslängliche Rente (Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26.03.2002), HAVE 2002, 276-279

VI. Kind als Schaden

Zu den bedeutenden Entwicklungen zählt zweifellos auch die Auflösung der immer wieder diskutierten Frage, ob ein nicht geplantes oder gewünschtes Kind als Schaden zu betrachten sei, wenn dahinter ein ärztlicher Fehler steht. Lange Zeit

Vorexemplar Referenten

konnte nur auf das Urteil des Bezirksgerichts Arbon verwiesen werden, das später dann von einem zweiten kantonalen Urteil des Appellationsgerichts BS vom 23. Oktober 1998 bestätigt worden ist, welches ebenfalls die Unfreiwilligkeit der Unterhaltskosten in Zweifel zog und auf die Schadenminderung mittels einer Abtreibung verwies, was heftige Reaktionen ausgelöst hat.

In BGE 132 III 359 hat sich das Bundesgericht endlich der Frage angenommen und ein äusserst sorgfältig begründetes Urteil vorgelegt, dass sich mit dem gesamten Meinungsspektrum auseinandersetzt und auch rechtsvergleichende Überlegungen anstellt. Das Urteil räumt sämtliche Bedenken aus dem Weg und stellt klar, dass nicht das Kind mit dem Schaden gleichzusetzen sei: «Bei dieser Argumentation wird verkannt, dass es im vorliegenden Zusammenhang um die durch die planwidrige Geburt eines Kindes ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern geht, die durch die Sterilisation vermieden werden sollte. Den Schaden stellt nicht das Kind selbst dar, sondern die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung der Eltern gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB» (E. 4.4.1.). Vorbehaltlos bejaht wird die Unfreiwilligkeit der Vermögensdisposition, an der auch eine mögliche Abtreibung oder Adoption nichts ändere, die auf keinen Fall zumutbar seien. Überzeugen konnte man das Bundesgericht auch nicht mit dem Argument einer psychisch-emotionalen Schädigung des Kindes, wenn es später erfährt, dass es unerwünscht war und Anlass zu einem Schadenersatzprozess gegeben hat, allfällige psychische Probleme infolge des ursprünglichen Unerwünschtseins liessen sich ja auch nicht durch die Verneinung von Schadenersatzansprüchen lösen (E. 4.5). Wichtig war für das Bundesgericht auch die Überlegung, dass die Verneinung des Anspruchs zu einer Sonderregelung für Ärzte führen würden, wenn Sterilisationsfehler folgenlos bleiben. Auch eine Unterscheidung zwischen einem behinderten und einem gesunden Kind sei nicht sachgerecht und auch nicht das Argument, dass die Prämienlast steigen könnte. Kaum ein Argument, das vom Bundesgericht unbeantwortet geblieben ist, nicht einmal die «Elternschaft zum Nulltarif», die mehr Schlagwort als Argument ist, hat das Bundesgericht ignoriert.

Die Entscheidung war überfällig, sie zeigt aber einmal mehr auch, dass Wertungen darüber entscheiden, ob ein Schaden anerkannt wird oder nicht, und diese können durchaus auch einmal restriktiver ausfallen als die Differenztheorie, die hier ja einen Schaden verlässlich indiziert hat. Es geht beim Schaden eben nicht um mathematische Operationen, zuvor muss entschieden welche Vermögenspositionen in die Kalkulation einzusetzen sind. Die schlagwortartigen Argumente gegen die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten konnten sich nicht länger halten.

Nicht restlos geklärt ist, wie der Unterhaltsschaden zu berechnen ist. Der Erfolg der Klage erklärt sich ein Stück weit mit der moderaten Forderung, die damals

Vorexemplar Referenten

erhoben worden ist. Wie die Schadenersatzleistung zu berechnen ist, wurde mit Ausnahme der Kapitalisierung im Urteil nicht diskutiert. Die Vorinstanzen haben den Schadenersatz auf den Barunterhalt reduziert, aber auch Entschädigung für den Erwerbsausfall zugesprochen. Die Kinderbetreuung, für die via SAKE Erfahrungswerte zur Verfügung stehen, wurde dagegen nicht entschädigt. Diese Fragen sind noch zu klären. Und auch die Entschädigung bei einem behindert geborenen Kind, die unter dem Begriff «wrongful-birth» diskutiert werden, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. Hier könnte man sich z.B. vorstellen, dass nur der Mehraufwand geschuldet ist, der mit der besonderen Betreuung verbunden ist.

NICOLAI FULLIN / ANOUCK ZEHNTNER, Die Haftung für ungewolltes Leben unter Berücksichtigung neuer Urteile, HAVE 2013, 102-106

HUBERT STÖCKLI, Arztvertrag mit Drittschutzwirkung? Noch einmal zur Haftung aus Sterilisationsfehlern, HAVE 2007, 200-204

HENRI TORRIONE, Le préjudice d'être né, HAVE 2006, 388-398

SUSANNE HÜNERMANN, Unterhalt für ein Kind als Schaden nach deutschem Recht, HAVE 2006, 385-387

BARBARA C. STEININGER, BGE 132 III 359 aus österreichischer Sicht, HAVE 2006, 382-385

GUY CHAPPUIS, L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré : une simple question d'arithmétique?, HAVE 2006, 378-382

ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Kindesunterhalt als Schaden: familienrechtliche Aspekte, HAVE 2006, 375-377

MARC SCHAETZLE, Was kosten ein (ungeplantes) Kind und wie wird der Ersatz für die Unterhaltskosten berechnet?, HAVE 2006, 373-374

HUBERT STÖCKLI, Schutzzwecklehre ante portas?, HAVE 2006, 371-372

ALFRED KELLER, Das unerwünschte Kind als Schaden?, HAVE 2006, 368-370

PATRICK G. FLEURY, Le préjudice des parents d'un enfant né à la suite d'une stérilisation omise (note sur l'ATF 132 III 359), HAVE 2006, 224-226

THOMAS M. MANNSDORFER, Haftung für perinatale Schädigung im medizinischen Bereich, HAVE 2003, 101-118

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

VII. Schockschaden

Ebenfalls zu den Innovationen gehört der Schockschaden, auch wenn bereits im Hunterurteil BGE 112 II 118 der Schritt zu diesem Schadensposten ein erstes Mal gemacht worden ist. Ging es damals um die Folgen des Nervenschocks eines Vaters, der durch einen Flugzeugabsturz in den eigenen Obstplantagen zwei Kinder verloren hat, liess BGE 138 III 276 insofern aufhorchen, als er den weit häufigeren

Vorexemplar Referenten

Strassenverkehrsunfall betraf. Wie im damaligen Entscheid stellte das Bundesgericht fest: «Wer infolge der Nachricht über den Unfalltod eines Angehörigen einen Schock erleidet, ist ein aus dem Unfallereignis direkt Geschädigter und kann als solcher vom Unfallverursacher grundsätzlich Schadenersatz und Genugtuung für seine eigene gesundheitliche Beeinträchtigung verlangen» (Regeste). Auch wenn das erste Schockschadenurteil von der Lehre «begrüsst oder zumindest kritiklos gebilligt wurde» (E. 3.1), ist beim zweiten Urteil zu bemängeln, dass die Frage zu stark auf die Widerrechtlichkeit reduziert, die man durch die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, der Verletzung der körperlichen und psychischen Integrität, ohne weiteres bejaht hat.

Das Urteil hätte mehr überzeugt, wenn es diese Frage mit offenem Visier durch Prüfung des Normzwecks entschieden hätte und nicht mit einer unscharfen Adäquanzdiskussion. Erneut ging es wohl auch in diesem Entscheid mehr um die Frage der natürlichen Kausalität, die unsicher erschien, und für die das Heranziehen von Erfahrungswerten Antworten liefert und Erkenntnislücken schliesst. Die Adäquanztheorie kann aber keine verlässlichen Grenzen ziehen, denn es entspricht wohl dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass die Nachricht vom Tod eines nahen Angehörigen einen Schock und damit gesundheitliche Probleme auslösen kann.

Ob dies auch eine Zurechnung rechtfertigt, ist unter dem Gesichtspunkt der in Frage stehenden Haftungsbestimmung zu entscheiden. Das Bundesgericht beschäftigt sich zwar mit dem Betriebsbegriff, der als Haftungsvoraussetzung erfüllt sein muss, zieht diesbezüglich aber nur einen Vergleich zur Haftung nach LFG, die nach Ansicht der Beklagten weiter gehe als jene des SVG. Es geht jedoch darum, grundsätzlich zu entscheiden, ob die hier massgebende Betriebsgefahr auch die Deckung von Schockschäden einschliesst. Dafür sprechen gute Argumente. Die Ausweitung des Schutzbereichs erfordert es, sinnvolle Kriterien aufzustellen, um eine «vernünftige» Haftungsbegrenzung zu finden. Solche finden sich bereits in anderen Bestimmungen, so in Art. 47 OR, wo die Genugtuung auf die «Angehörigen» ausgedehnt wird. Was für den immateriellen Schaden gilt, sollte auch für den materiellen gelten.

Das neue Urteil hat wenig Reaktionen ausgelöst, offenbar lebt man ganz gut mit der Adäquanztheorie, die keine präzisen Vorgaben macht und grösstmögliche Freiheit im Einzelfall bietet. Gerade das aber führt zu einer Rechtsunsicherheit, mit der ja auch die Haftpflichtversicherer schlecht leben können. Jedenfalls lässt sich aufgrund der Ausführungen im Entscheid nicht abschätzen, in welche Richtung die Haftungsbegrenzung gehen wird, aufgeworfen werden nur Fragen: «Im Vordergrund der Diskussion steht dabei insbesondere, wie eng die Beziehung zwischen dem direkten Unfallopfer und dem Schockgeschädigten sein muss (bzw. wie

Vorzeitiger Referenten

weit der Kreis der Ersatzberechtigten gezogen werden darf), wie schwer die Betroffenheit des direkten Unfallopfers sein muss (genügt nur eine Tötung oder reicht auch eine blosse Verletzung oder Bedrohung desselben aus?) und wie nahe das schockauslösende Miterleben sein muss (unmittelbares Miterleben des primären Schadensereignisses durch den Dritten, allenfalls mit Selbstgefährdung desselben [...] oder blosse Benachrichtigung darüber, allenfalls auch über die Medien), damit der vom Dritten erlittene Schaden dem Unfallverursacher billigerweise).zugerechnet werden kann» (138 III 276 E. 4). Wie aber soll über die Adäquanz entschieden werden, wenn die Kausalität noch gar nicht feststeht?

ALBERT STUDER / ISABELLE JUVET / URSINA ZANONI, Schockschaden – eine herausfordernde Zurechnungsfrage, HAVE 2019, 219-230

STEPHAN WEBER, Gedanken und Bedenken zu zwei neuen Schockschaden-Urteilen, HAVE 2012, 288-291

VIII. Schaden infolge Tötung

Ein Grundsatzurteil hat das Bundesgericht beim Schaden infolge Tötung in den letzten beiden Jahrzehnten nur zu den Bestattungskosten gefällt, also in einem Nebenpunkt, der gleichwohl immer wieder zu reden gibt, sei es, weil die Trauerfeier oder der Grabschmuck zu opulent ausgefallen sind oder die Trauerkleider zu teuer sind oder schwarz ohnehin getragen worden wäre. In BGE 135 II 397 E. 2 hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Bestattungskosten auch dann vollumfänglich geschuldet sind, wenn das Unfallopfer aus einem anderen Grund ohnehin bald gestorben wäre, namentlich aufgrund des hohen Alters. Das ist eine Absage an die Berücksichtigung hypothetischer Ursachen, die in anderen Konstellationen, namentlich bei einer konstitutionellen Prädisposition, in der Schadenberechnung anders gehandhabt werden. Der Entscheid ist wohl richtig, es wäre eine kleinliche Rechnerei, wenn man die vorgezogenen Bestattungskosten z.B. nur mit einem Diskontierungsabzug ausgleichen würde.

Weit bedeutsamer als der Kostenersatz ist natürlich der Versorgungsschaden. Hier stehen verschiedene Entscheide an. Grundsätzlich wird ein zu restriktives Verständnis bemängelt, das Unterhaltsleistungen ausklammert, die nicht zum täglichen Bedarf gehören, insbesondere die mit den Ersparnissen mögliche Vermögensbildung. Andererseits werden das bereits vorhandene Vermögen oder deren Erträge an die Schadenersatzleistungen angerechnet, was dazu führt, dass die Hinterbliebenen nicht einmal den Status quo halten können, was ganz offensichtlich

Vorexemplar Referenten

mit dem Ausgleichsprinzip kollidiert, das als Richtschnur über dem Haftpflichtrecht steht.

Nach wie vor nicht entschieden ist auch, ob der Versorgungsschaden gleich wie der Invaliditätsschaden zweiphasig berechnet werden muss. In Urteil 4A_370/2009 E. 7.2 vom 5. Juli 2010 ist immerhin erwähnt, dass ein Korrekturabzug für die Sterbewahrscheinlichkeit bis zum Urteilstag nur dann vorzunehmen sei, wenn nicht auf den Todestag, sondern zweiphasig gerechnet wird. Die Ungereimtheit, dass für die im Urteilszeitpunkt noch lebenden Partner bei einer Berechnung am Todestag ein Sterblichkeitsabzug gemacht wird, bleibt aber unbeachtet und die Grundsatzfrage wird nicht entschieden. Zumindest scheint man sich in der Praxis in diesem Punkt mit der Lehre einig zu sein und hat dies für die beteiligten Versicherer auch in einer gemeinsamen Empfehlung festgehalten, wohl mit ein Grund, warum darüber nicht gestritten wird und ein Entscheid auf sich warten lässt.

Auch der Versorgungsschaden ist nur zu bewältigen, wenn Erfahrungswerte herangezogen werden und die Annahmen stark pauschalisiert werden. Zwar ist denkbar, dass der finanzielle Unterhalt konkret zusammengestellt wird, was aber aufwändig und doch nur eine Momentaufnahme ist. Für die Berechnung des Versorgungsschadens drängt sich die Haushaltbudgeterhebung HABE auf, die seit vielen Jahren für verschiedene Haushaltkategorien die Ausgaben detailliert analysiert. Ein Stück weit wird man aber auch mit blossen Annahmen leben müssen, weil Erfahrungswerte fehlen. Dies gilt vor allem für die notwendige Aufteilung des Unterhaltsbedarfs auf die einzelnen Personen der versorgten Gemeinschaft.

Primär gilt es, die Berechnungsmethode festzulegen. Hier gibt es beim Barunterhalt bereits einen gewissen Konsens, dass bei Doppeleinkommen mit einem Gesamteinkommen zu rechnen ist. Ob der Unterhaltsbedarf basierend auf einem Nettolohn zu bestimmen ist und die Altersrenten ebenfalls in die Berechnungen einzubeziehen sind, wurde bislang noch kaum diskutiert. Zu gross ist wohl die Angst vor einer weiteren Verkomplizierung der Berechnungen. Offen ist auch, wie das Einkommen des hinterbliebenen Partners an die Unterhaltsanteile der Hinterbliebenen anzurechnen ist und in welchem Umfange Fixkosten zu berücksichtigen sind. Entschieden werden muss aber auch, wie der Unterhaltsbedarf auf die Hinterbliebenen aufzuteilen ist und ob die vorgeschlagenen Tabellen sachgerecht sind. Ganz ähnliche Fragen stellen sich bei der Versorgung aus Haus- und Familienarbeit. Auch hier ist in den letzten Jahren wenig Entwicklung festzustellen, doch liegen neue Vorschläge auf dem Tisch, die nun zu diskutieren sind. ANDREAS LÖRTSCHER und BENEDIKT SAUPE fassen die Entwicklungen zusammen und

Vorexemplar Referenten

würdigen auch die neuen Berechnungsvorschläge in ihrem Beitrag zu diesem Tagungsband.

FREDDY STÄHELI, Vorschläge für die Berechnung der Versorgung aus Haushaltführung, HAVE 2020, 211-212

THOMAS BITTEL, Der Versorgungsschaden in der Regresspraxis, HAVE 2019, 331-346

THOMAS BITTEL / LORENA LOCHER, Auch im Todesfall: So kongruent wie möglich!, HAVE 2019, 308-312

DAMIAN ARNOLD, Die Versorgungsschadenberechnung im Regress – kein Hokuspokus!, HAVE 2019, 306-308

CHRISTIAN IMHOF, Der Haushaltversorgungsschaden, ein Dauerschaden?, HAVE 2019, 301-305

HARDY LANDOLT, Fragen der Vorteilsanrechnung, HAVE 2019, 298-301

MARKUS SCHMID, Sind Vermögenserträgnisse bei der Berechnung des Versorgungsschadens zu berücksichtigen?, HAVE 2019, 296-297

BERNHARD STEHLE, Zur Versorgungsleistung, HAVE 2019, 292-295

MARC HÜRZELER, Versorgungsschaden: Vermögensbildung und Anrechnung güter- und erbrechtlicher Zuwendungen?, HAVE 2019, 290-292

THOMAS GEISER, Personenschaden und Familienrecht: Querbezüge, HAVE 2019, 252-258

ADRIAN ROTHENBERGER, «Wer versorgt wen womit», eine koordinationsrechtliche Herausforderung, HAVE 2019, 231-251

STEPHAN WEBER, Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, PSF 2019, 185-240

STEPHAN WEBER, Neue Berechnungsmethoden und Kalkulationshilfen für den Personenschaden, HAVE 2018, 360-376

OLIVIER RISKE, La responsabilité de l'executeur testamentaire, HAVE 2018, 275-280

STEPHAN WEBER / ROLAND VOSS, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadensberechnung, PSF 2018, 231-294

ROMAN GRAF, Statistische Grundlagen für die Berechnung des Erwerbsschadens – Sicht des Ökonomen, PSF 2016, 189-217

MARK SCHWEIZER, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, PSF 2016, 163-188

MARC HÜRZELER, Versorgungsbedürftigkeit beim Versorgungsschaden?, PSF 2015, 135-147

JAN HERRMANN, Aspekte des Regressrechts des Sozialversicherers im Versorgungsschaden, HAVE 2014, 39-42

SYLVIA LÄUBLI-ZIEGLER, Facettenreiche Versorgerschadenberechnung, HAVE 2014, 36-38

ALEXANDRE GUYAZ, Evaluation de la perte de soutien en nature; abandon de la réduction pour chances de remariage, HAVE 2012, 296-297

CHRISTIAN HUBER, Der Personenschaden – ein monolithischer Blick oder Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, PSF 2012, 241-250

VOLKER PRIBNOW, Schadensberechnung – Schollen ausser Sicht, PSF 2012, 229-239

Vorexemplar Referenten

BERNHARD STEHLE, Die Berechnung des Versorgungsschadens: Drei neue Faktoren, PSF 2012, 115-162
NICOLAI FULLIN / RÉMY WYSSMANN / OLIVER ZIGERLI, Berechnung des Versorgungsschadens- Ist einfach auch richtig?, PSF 2012, 67-113
JÜRG FISCHER, Berechnungsvorschläge zum Versorgungsschaden aus der Praxis, PSF 2012, 19-65
JEAN-MICHEL DUC, Faut-il encore instruire la cause du décès d'un assuré LAA en cas de suspicion de suicide?, HAVE 2011, 401-405
ADRIAN RUFENER, Steuerfolgen bei Personenschäden, PSF 2011, 93-112
BERNHARD STEHLE, Kritisches zum Recht des Versorgungsschadens, HAVE 2010, 98-109
ALEXANDRE GUYAZ, Le remariage de la personne soutenue : disparition du besion de soutien ou libéralité d'un tiers?, HAVE 2010, 110-114
STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – Eine kritische Standortbestimmung, PSF 2010, 281-360
JEAN BAPTISTE HUBER, Statistische Schadensberechnung und Schadenregulierung. Die Bestimmung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Statistiken, PSF 2009, 121-141
HANS-ULRICH BRUNNER / URS FELLER, Zur « Haftung des Motorfahrzeughalters für Versorgerschäden seiner Familienangehörigen», HAVE 2008, 195-199
STEPHAN WEBER, Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, PSF 2008, 291-299
THOMAS M. MANNSDORFER, Vereinfachung der Schadenregulierung, PSF 2008, 263-290
HARDY LANDOLT, Strukturelle Vereinfachung des Haftpflichtrechts, PSF 2008, 231-261
ROLAND BREHM, Die problematische Berechnung des Dauerschadens, PSF 2008, 223-230
JÜRG KIENTSCH, Haftung des Motorfahrzeughalters für Versorgerschäden seiner Familienangehörigen?, HAVE 2007, 389-394
BERNHARD STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall in der IV, UV und (obligatorischen) BV, PSF 2005, 63-138
THOMAS BITTEL, Ausgewählte Fragen zum Versorgungsschaden, PSF 2004, 53-85
MARKUS SCHMID, Aspekte und Thesen zum Versorgungsschaden, PSF 2004, 11-52
PETER BECK / GUY CHAPPUIS, Recommandations de l'OFAS, de l'ASA et de la Suva relatives à la LPGA et au dommage de perte de soutien, Empfehlungen zum ATSG und Versorgungsschaden von BSV, SVV und Suva, HAVE 2003- 345-355
KATHRIN HÄSSIG, Versorgerschaden durch Ausfall Alimentenbevorschussung, HAVE 2003, 237-239
VOLKER PRIBNOW / MARKUS SCHMID, Die Versorgungsquoten aus Erwerbseinkommen und Haushaltführung, HAVE 2003, 70-72
BERNHARD A. KOCH / HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, PSF 2003, 13-33
FELIX HUNZIKER-BLUM, Die Einwendung der Überschuldung des Versorgers, HAVE 2002, 148-150

IX. Genugtuung

Die Entwicklungen bei der Genugtuung sind schnell erzählt, denn sie sind überschaubar. Der letzte Innovationsschub führt in die 80-iger Jahre zurück, als den

Vorexemplar Referenten

Angehörigen von Schwerstinvaliden in BGE 112 II 220 und 112 II 226 ein Anspruch zuerkannt worden ist. Als Neuerung mag man auch die Genugtuung für Schockgeschädigte sehen, die erstmals in BGE 112 II 118 und in 138 III 276 zugesprochen worden ist.

Punkto Höhe der Entschädigung des immateriellen Schadens hat sich indes wenig getan. Das hat mit der Präjudizienmethode zu tun, mit der bei der Festlegung der Genugtuungssummen stets nur in den Rückspiegel geschaut wird. Auch wenn dabei auf nicht allzu alte Urteile zurückgegriffen wird und vereinzelt auch die Teuerung angepasst worden ist, führt dies dazu, dass sich der Umfang der Genugtuung in den letzten Jahren wenig verändert hat. Obwohl sich das Bundesgericht bei der Genugtuung noch dezidierter der Einzelfallmethode verschrieben hat und Schematisierungen ablehnt, lässt es immerhin eine zweiphasige Berechnungsmethode mit einer Basisgenugtuung zu. Für diese bildet die UVG-Integritätsentschädigung eine gewisse Richtschnur. Allerdings bleiben die Zu- und Abschläge im Dunkeln, jedenfalls ist nicht ersichtlich, wie sie auf die Bemessung der Genugtuung einwirken. Anhand der Urteile lässt sich erahnen, dass maximal eine Verdoppelung der Basisgenugtuung vorgenommen werden darf.

Gelegenheit zu einer Überprüfung der Bemessungspraxis hätten ebenfalls der bereits beim Pflegeschaden zitierte Entscheid 4A_6/2019 vom 19. September 2019 geboten. Das Bundesgericht hat hier jedoch die Vorinstanz, die einen solchen Schritt gewagt hat, zurückgebunden. «Denn die von ihr angeführte angebliche Tendenz zur Zusprechung höherer Genugtuungssummen veranlasste das Bundesgericht gerade nicht, die Genugtuung im Fall BGE 134 III 97 zu erhöhen, der mit dem vorliegenden vergleichbar ist. Für einen seit diesem Urteil feststellbaren Wandel in den Rechtsanschauungen ist dem angefochtenen Urteil nichts zu entnehmen und ein solcher Wandel ist auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen überschritten und damit Recht verletzt, indem sie von der Grössenordnung der Beträge abgewichen ist, welche in vergleichbaren Fällen zugesprochen wurden. Sie hätte die Genugtuung im Rahmen der Höhe bemessen müssen, die sie unter Berücksichtigung der Teuerung feststellte, zumal auf der Genugtuungssumme ein Zins von 5% (Art. 73 OR) ab dem schädigenden Ereignis läuft» (E. 6.3).

Zwei Entwicklungen in den letzten Jahren sind aber doch zu vermelden. Zum einen hat das Bundesgericht die in BGE 123 III 306 und Urteil 4C.152/1997 vom 25. März 1998 E. 7b als Kompromiss eingeführte Sonderregel eines beschränkten Quotenvorrechts, die sich an der altrechtlichen Quotenteilung orientiert hat, im Urteil 4A_631/2017 vom 24. April 2018 dahingehend geändert, dass zumindest bei einer Kürzung wegen einer konstitutionellen Prädisposition das

Vorexemplar Referenten

uneingeschränkte Quotenvorrecht zum Zuge kommen soll. Das darf wohl als Bekenntnis zu einer weitgehenden Analogie zum materiellen Schaden gedeutet werden, wo zwischen Schadenberechnung und Schadenersatzbemessung unterschieden wird. Es ist zu bedauern, dass diese Lösung nur für die Kürzung eines Vorzustandes entschieden worden ist. Es ist aber davon auszugehen, dass auch bei einer Reduktion infolge eines Selbstverschuldens so vorgegangen werden muss, denn nur so lassen sich die Fälle eines Zusammentreffens der beiden Kürzungsgründe überhaupt lösen.

Das Bundesgericht musste sich zudem mit der Frage beschäftigen, ob auch die Genugtuung in Rentenform geschuldet sein kann. Das hat es in BGE 134 III 97 abgelehnt, allerdings hat sich das Bundesgericht dieser Entschädigungsmodalität nicht grundsätzlich verschlossen. Abgelehnt wurde das Begehren, weil damit eine höhere Genugtuungssumme erwirkt werden sollte. Die Umrechnung auf einen periodischen Betrag hätte den Vorteil, dass damit die Leidensdauer resp. das Alter der betroffenen Person besser berücksichtigt und die Beträge besser verglichen werden könnten. Die ablehnende Haltung entspricht der Tendenz der Gerichte, die Entscheidgründe bei der Genugtuung nicht offen zu legen. Das sollte m.E. dringend geändert werden. Auch beim immateriellen Schaden ist mehr Transparenz nötig und ja auch möglich. Es ist anzugeben, welche Kriterien für die Bemessung massgebend und wie sie zu gewichten sind. Dabei kommt der Leidenszeit grosse Bedeutung zu. Jedenfalls bleibt das Bundesgericht die Antwort schuldig, warum bei einer ungerechtfertigten Inhaftierung die Dauer regelmässig berücksichtigt wird und die Genugtuungsansätze umgerechnet auch deutlich höher ausfallen. Bei den Genugtuungen infolge einer Körperverletzung unterscheiden sich dagegen die Beträge von jüngeren und älteren Geschädigten kaum.

Sowohl im Beitrag von HARDY LANDOLT wie auch im Beitrag von CHRISTIAN HUBER wird zu Recht die Offenlegung der Bemessungskriterien gefordert. Mit dem auch hier praktizierten Verweis auf den konkreten Einzelfall werden die angewandten Bemessungskriterien ausgeblendet und eine rationale Diskussion verhindert. Das lässt dann auch keine stimmige Weiterentwicklung zu.

SÉVERINE MONFERINI NUOFFER, L'indemnité pour le tort moral allouée en matière d'infection au VIH, HAVE 2020, 267-274

HARDY LANDOLT, Querschnittgelähmt, aber nicht hilfsbedürftig!, HAVE 2019, 394-399

ARNAUD NUSSBAUMER, L'arrêt du TF 4A_631/2017 du 24.04.2018 : une précision jurisprudentielle discrète mais importante en matière de droit préférentiel du lésé, HAVE 2018, 401-403

CHRISTIAN HUBER, Die Entschädigungshöhe des Schmerzen(s)geldes in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Genugtuung in der Schweiz, HAVE 2015, 258-267

Vorexemplar Referenten

ISABELLE WILDHABER / REVITAL LUDEWIG, Werden die Bedürfnisse von Opfern durch das Recht gedeckt?, HAVE 2015, 206-211

HARDY LANDOLT, Volkswirtschaftliche Betrachtungsweise – ökonomisch orientierte Festlegung des Genugtuungsbetrages? – HAVE 2015, 204-206

ALEXANDRE GUYAZ, Le seuil de gravité dans le cadre de l'art. 47 CO, HAVE 2015, 200-203

ANDREAS LÖRTSCHER, Untere und obere Grenze des Genugtuungsbetrages, HAVE 2015, 196-200

MAX B. BERGER, Was soll die Ausrichtung einer Genugtuung bewirken?, HAVE 2015, 193-196

ANIL AKIKOL, Genugtuungsanspruch der juristischen Person, HAVE 2012, 406-414

HARDY LANDOLT, Stand und Entwicklung des Genugtuungsrechts, HAVE 2009, 125-136

HARDY LANDOLT, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden – oder sogar beides? HAVE 2009, 3-8

KLAUS HÜTTE, Genugtuung an sexuell missbrauchte Kinder (Gedanken zu einem Urteil des Oger Zürich vom 09.06.2008, HAVE 2008, 343-346

BERNHARD A. KOCH, Personenschäden in Europa – Aktuelle Trends, PSF 2007, 305-321

KLAUS HÜTTE, Genugtuung bei Körperverletzung und nicht gerechtfertigtem Freiheitsentzug, HAVE 2007, 310-314

RUEDI GAUTSCHI, Beurteilung des Vortrittsrechts und Bestimmung der Höhe der Genugtuung (Urteil des BGer 4C.435/2005), HAVE 2006, 227-230

ELENA BARGELLI, Schmerzensgeld, danno biologico, Nichtvermögensschaden, PSF 2006, 15-40

MARC SCHAETZLE, Lehren aus einer komplexen Schadensberechnung, HAVE 2005, 46-53

PETER GOMM, Die Genugtuung nach dem Opferhilfegesetz, PSF 2005, 175-215

KLAUS HÜTTE, Anleitung zur Ermittlung angemessener Genugtuungsleistungen im Zivil- und Opferhilferecht, PSF 2005, 139-174

KLAUS HÜTTE, Lässt sich Genugtuung (als Folge von Sexualdelikten) «berechnen»?, HAVE 2004, 226-234

GUY CHAPPUIS, Le barème médical européen. Quels avantages pour la Suisse?, HAVE 2004, 138-139

VOLKER PRIBNOW, Der guide barème éuropéen – kein runderes Rad aus Pisa, HAVE 2004, 137

RUDOLF KISSLING, Stellungnahme eines gutachterlich tätigen Klinikers zur Europäischen Tabelle, welche die Beeinträchtigung der physischen und psychischen Integrität bewertet, HAVE 2004, 135-136

PIERRE TERCIER, L'harmonisation du droit de la réparation du dommage immatériel, HAVE 2004, 133-134

HÉLÈNE BÉJUI-HUGUES, La Barème Médical Européen / Die europäische Bewertungsskala für medizinische Gutachten, HAVE 2004, 130-132

Europäische Tabelle zur Bewertung der Beeinträchtigung der physischen und psychischen Integrität / Barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, HAVE 2004, 129

ASSOCIATION SUISSE D'ASSURANCES, Prise de position de l'Association Suisse d'Assurances [LAVI], HAVE 2003, 264

BEATRICE VOGT, Der Genugtuung [OHG] genug?, HAVE 2003, 261-262

GUY CHAPPUIS, Vers une harmonisation de l'indemnisation des préjudices corporels non économiques en Europe, consécutifs aux accidents de la circulation, HAVE 2003, 172-173

PETRA DUKSCH, Genugtuung nach heutiger Wertung plus Zins?, HAVE 2003, 149-150

Vorexemplar Referenten

BERNHARD A. KOCH / HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, PSF 2003, 13-33

SUSANNE AUGENHOFER, Ersatz entgangener Urlaubsfreuden, Besprechung der EUGH-Entscheidung Leitner / Tui, HAVE 2002, 372-375

KLAUS HÜTTE, Genugtuung für Angehörige (ST.2000.00362, OGer AG 15.02.2001), HAVE 2002, 126-132

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

X. Schadenersatzbemessung

Bei der Schadenersatzbemessung sind zwei Themen besonders hervorzuheben. Zum einen die Kürzung wegen einer konstitutionellen Prädisposition, die ja in BGE 113 II 86 eine grundlegende Klärung erfahren hat, indem eine duale Einordnung vorgenommen wird, je nachdem, ob der Vorzustand als Mitursache den Schaden verschlimmert hat oder als hypothetische Ursache später ohnehin manifest geworden wäre. Die wichtige Unterscheidung, die bis heute in ärztlichen Gutachten viel zu wenig beachtet wird, hat auch eine Neubeurteilung des Umfangs einer Kürzung im Rahmen der Schadenersatzbemessung notwendig gemacht. Die Antwort kam im Urteil 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 und zwar deutlich: «Art. 44 Abs. 1 OR gibt dem Gericht die Möglichkeit, dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität Rechnung zu tragen, wenn es unbillig erschiene, den Schädiger zum Ersatz des gesamten Schadens zu verpflichten. Aus dieser Norm folgt jedoch nicht, dass der Schadenersatzanspruch eines vorbelasteten Geschädigten in jedem Falle schematisch entsprechend dem Anteil des Konstitutionsmangels reduziert werden müsste. Vielmehr ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Haftpflichtige auch dann für die Schädigung voll verantwortlich bleibt, wenn ein krankhafter Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat, sofern die Vermögenseinbusse ohne den Unfall voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten wäre. Wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen schädigt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte» (a.a.O. E. 2.c.aa).

Dass eine gesundheitliche Schwäche nicht ohne weiteres zum Anlass einer Kürzung genommen werden und zudem nicht so hoch ausfallen darf, als hätte die geschädigte Person ein schweres Verschulden zu vertreten, sollte eigentlich selbstverständlich sein. Das Bundesgericht fordert daher in derselben Erwägung, dass weitere Umstände hinzutreten müssen, damit sich eine Reduktion rechtfertigt: «In Fällen, in denen sich der krankhafte Vorzustand ohne das schädigende Ereignis voraussichtlich überhaupt nicht ausgewirkt hätte, wird die konstitutionelle

Vorexemplar Referenten

Prädisposition des Geschädigten mithin für sich allein in der Regel nicht genügen, um zu einer Herabsetzung des Ersatzanspruches zu führen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche es unbillig erscheinen liessen, den Haftpflichtigen mit dem Ersatz des gesamten Schadens zu belasten. Als mögliche Gesichtspunkte in Betracht fallen dabei eine zurechenbare Gefahrenexponierung des Geschädigten oder eine sich besonders ungünstig auswirkende Vorbelastung, welche dazu führt, dass die haftungsbegründende Ursache in keinem Verhältnis mehr zu der Grösse des eingetretenen Schadens steht. Ähnlich wie bei der Verschuldensabwägung im Falle konkurrierenden Selbstverschuldens ist ferner die Grösse des Verschuldens des Haftpflichtigen zu berücksichtigen und in Beziehung zum Anteil der Prädisposition an der Kausalität zu setzen. Wiegt das Verschulden des Schädigers schwer, während sich die Vorbelastung des Geschädigten nur in geringem Masse ausgewirkt hat, so erscheint eine Reduktion des Ersatzanspruches in aller Regel nicht angemessen.»

Die in früheren Entscheiden oft grossen Kürzungen erklären sich zumindest teilweise damit, dass Konstellationen betroffen waren, in denen nach der dogmatischen Präzisierung im Rahmen der Schadenberechnung die unfallunabhängigen Folgen vollständig ausgeklammert werden.

Mit dem Hinweis, dass im Haftpflichtrecht einer geringen Intensität der Unfallursache Rechnung getragen werden kann, wurde in BGE 123 III 110 die Diskussion eröffnet, ob darin ein eigener Reduktionsgrund gesehen werden kann. Erstmals kam der intensitätsarme Kausalzusammenhang im Urteil 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 zur Anwendung, also erst 10 Jahre später. Dort bleibt aber unklar, welche Motive letztlich den Umfang der Kürzung bestimmt haben. Das Gericht kürzte die 30%-ige Arbeitsunfähigkeit um zwei Drittel und gelangt damit zu einer solchen von 10%. Dies entsprach der Arbeitsunfähigkeit ohne unfallfremde Faktoren, die ebenfalls mit 10% eingeschätzt worden ist. Unklar bleibt allerdings, ob es sich um komplementäre oder additive Kausalitätsfaktoren handelt, damit bleibt aber das Urteil schwer interpretierbar.

Auch in den Folgeurteilen blieb unklar, wie sich die Kürzung wegen eines intensitätsarmen Kausalzusammenhangs von der Kürzung wegen einer konstitutionellen Prädisposition abgrenzt. Und ebenso auch, in welchem Umfange eine Kürzung vorgenommen werden darf. Die Gefahr besteht, dass sich im Ergebnis nun doch wieder massive Kürzungen wegen einer konstitutionellen Prädisposition in die Praxis einschleichen.

Das alles kann bei BERNHARD STUDHALTER im Tagungsbeitrag zum Personen-Schaden-Forum 2019 (S. 95 ff.) nachgelesen werden, der auch die Urteile zusammengestellt hat. Man steckt hier in einem Dilemma. Die grosszügigere

Vorzeitiger Referenten

Zurechnung unter dem Titel der Adäquanz hat zur Folge, dass im Gegenzug Kürzungen bei der Schadenersatzbemessung vorgenommen werden. Dagegen ist nichts einzuwenden, es ist ja gerade diese Flexibilität, die das Haftpflichtrecht auszeichnet und angemessene Lösungen ermöglicht. Problematisch wird es, wenn auf die Adäquanzkriterien des UVG zurückgegriffen wird, die sich wiederum nicht klar von der Beurteilung der natürlichen Kausalität abgrenzen lassen, was namentlich auch für die Schwere des Unfalls zutrifft.

Eine ähnliche Diskussion wie bei der konstitutionellen Prädisposition hat sich bei der Schadenminderungspflicht entwickelt. Auch hier wurde vorgeschlagen, dass je nach Konstellation die Verletzung bei der Schadenberechnung oder bei der Schadenersatzbemessung berücksichtigt wird. Unterscheidungskriterium ist, ob der Schaden bereits eingetreten oder nach Art. 42 Abs. 2 OR für die Zukunft zu schätzen ist. Das Bundesgericht hat sich aber anders entschieden und im Urteil 4C_263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 3 angenommen, dass durch die Verletzung der Schadenminderungspflicht die adäquate Kausalität nicht gegeben oder durch grobes Selbstverschulden unterbrochen sei. Damit muss mit einem Alles-oder-nichts-Urteil darüber entschieden werden, ob ein Schaden zugerechnet wird oder nicht, eine Bemessung nach der Verschuldensschwere entfällt. Das ist zu bedauern, denn damit wird die Flexibilität aus der Hand gegeben, die das Haftpflichtrecht gegenüber anderen Systemen auszeichnet.

Und auch bei der Koordination mit dem Sozialversicherungsrecht besteht seit der Revision des ATSG eine Konfusion. Der Gesetzgeber hat in Art. 73 Abs. 2 ATSG die Quotenteilung nicht nur für Kürzungen nach Art. 21 Abs. 1 und 2 ATSG, sondern neu auch für Abs. 4 vorgesehen. Der Absatz betrifft Kürzungen der Sozialversicherungsleistungen wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht. Werden diese aber im Haftpflichtrecht gar nicht mehr bei der Schadenersatzbemessung sanktioniert, kann es weder ein Quotenvorrecht noch eine Quotenteilung geben, die neue Bestimmung läuft also ins Leere. Dass sämtliche Fälle der Verletzung einer Schadenminderungspflicht mit der vorsätzlichen Herbeiführung eines Versicherungsfalles gleichgestellt werden, lässt auch im Sozialversicherungsrecht die nötige Differenzierung vermissen.

WALTER FELLMANN, Überprüfung der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung durch das Bundesgericht, PSF 2020, 153-175

LUCIANO R. MARTELOZZO, Die Validierung psychischer Störungen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, PSF 2016, 51-85

PATRICK SUTER, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, PSF 2015, 79-110

Vorzeitiger Referenten

DAVID HUSMANN / SILVIO RIESEN, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, PSF 2015, 43-77

THOMAS BITTEL / PETER BECK, Der Kostendruck führt zu system(at)ischen Kürzungen oder Verweigerungen von Versicherungs- und Haftpflichtleistungen (oder umgekehrt?), HAVE 2014, 445-452

RAFFAELLA BIAGGI, Kürzung von Ansprüchen im Haftpflichtrecht aus der Sicht der geschädigten Person und ihres Anwaltes, HAVE 2014, 442-445

IGNACIO MORENO, Kürzung von Schadenersatzleistungen – zu wenig oder zu viel, HAVE 2014, 437-442

MANFRED DÄHLER, Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund, PSF 2014, 15-35

VOLKER PRIBNOW, Intensitätsarmer Kausalzusammenhang und Kürzung wegen konstitutioneller Prädisposition – Leistungskürzung nach VVG – Beweislast für anrechenbare Sozialversicherungsleistungen – Heilungskosten nach OR 42 II, HAVE 2009, 278-284

MARKUS SCHMID, Kein Gehör für Herabsetzungsgründe, HAVE 2009, 162-166

FABIO SCHLÜCHTER, Schadenregulierung und Statistiken, PSF 2009, 91-120

HANS RUDOLF STÖCKLI, Das medizinische Kausalitätsgutachten. Probleme der Kausalitätsbeurteilung aus Sicht des Medizinischen Gutachters, PSF 2009, 71-89

VITO ROBERTO / KRISTOFFEL GRECHENIG, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, die Rolle der Adäquanz, PSF 2009, 55-70

ISABELLE BERGER-STEINER, Der Kausalitätsbeweis, PSF 2009, 13-53

IRIS HERZOG-ZWITTER, «Schwacher» adäquater Kausalzusammenhang, Intensität, Unfallschwere und weitere Aspekte (Urteil des BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007, HAVE 2007, 357-363

RICO HEINZ, Aktuelle Urteile des Bundesgerichts zu Leistungskürzungen im Haftpflichtrecht, PSF 2007, 177-187

STEPHAN WEBER, Reduktion von Schadenersatzleistungen, PSF 2007, 111-176

DIETER KEHL, «Invaliditätsfremde Gründe», HAVE 2006, 76

MARCEL SÜSSKIND, Nachweis des Personenschadens, PSF 2004, 111-164

MAX SIDLER, Der Nachweis des Schadens und die Bestimmung des Ersatzwertes nach OR 42, PSF 2004, 87-109

DOMINIK ZEHNTNER / PIERRE SEIDLER, Moment de la réduction de l'indemnité due au titre de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions en cas de faute concomitante de la victime, HAVE 2002, 380-381

GIOVANNI PELLONI, Die Grobfahrlässigkeit – Bedeutung in der Schadenpraxis, HAVE 2002, 262-275

Konstitutionelle Prädisposition

BERNHARD STUDHALTER, «Di Bello» reloaded – Konstitutionelle Prädisposition und intensitätsarmer Kausalzusammenhang, PSF 2019, 95-132

ARNAUD NUSSBAUMER, L'arrêt du TF 4A_631/2017 du 24.04.2018 : une précision jurisprudentielle discrète mais importante en matière de droit préférentiel du lésé, HAVE 2018, 401-403

LUCIANO R. MARTELOZZO, Die Validierung psychischer Störungen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, PSF 2016, 51-85

PATRICK SUTER, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, PSF 2015, 79-110

Vorexemplar Referenten

DAVID HUSMANN / SILVIO RIESEN, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, PSF 2015, 43-77

RAINER DEECKE, Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht?, HAVE 2012, 393-403

VOLKER PRIBNOW, Intensitätsarmer Kausalzusammenhang und Kürzung wegen konstitutioneller Prädisposition – Leistungskürzung nach VVG – Beweislast für anrechenbare Sozialversicherungsleistungen – Heilungskosten nach OR 42 II, HAVE 2009, 278-284

HANS RUDOLF STÖCKLI, Das medizinische Kausalitätsgutachten. Probleme der Kausalitätsbeurteilung aus Sicht des Medizinischen Gutachters, PSF 2009, 71-89

VITO ROBERTO / KRISTOFFEL GRECHENIG, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, die Rolle der Adäquanz, PSF 2009, 55-70

STEPHAN WEBER, Umstände, für die der Geschädigte nicht einstehen muss – Warum die konstitutionelle Prädisposition kein Reduktionsgrund sein kann und weitere Folgerungen aus einem kohärenteren Verständnis der Reduktionsgründe, HAVE 2007, 108-111

RICO HEINZ, Aktuelle Urteile des Bundesgerichts zu Leistungskürzungen im Haftpflichtrecht, PSF 2007, 177-187

STEPHAN WEBER, Reduktion von Schadenersatzleistungen, PSF 2007, 111-176

STEFAN A. DETTWILER, Leichte Auffahrkollision mit Schleudertrauma: Kürzung wegen Vorzustand?, HAVE 2005, 43-53

PATRICK SUTTER, Die Berücksichtigung von Vorzuständen nach BGE 123 III 110, HAVE 2005, 36-42

IRIS HERZOG-ZWITTER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition im Kontext mit der adäquaten Kausalität, HAVE 2005, 30-35

MARCEL SÜSSKIND, Nachweis des Personenschadens, PSF 2004, 111-164

KONRAD LUDER, Der Einwand der verkürzten Lebenserwartung gegenüber Geschädigten, HAVE 2003, 68-70

SABINE PORCHET, Die konstitutionelle Prädisposition – hat das Urteil des BGer 4C.416/1999 vom 22.02.2000 etwas geändert? – HAVE 2002, 382-387

STEFAN A. DETTWILER, Bestätigung der Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition [Urteil des BGer 4C.215/2001 vom 15.01.2002], HAVE 2002, 302-304

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

Intensitätsarmer Kausalzusammenhang

PIERRE WIDMER, Ein Urteil, das genauso überzeugt hätte, wenn es gegenteilig ausgefallen wäre, HAVE 2019, 392-394

BERNHARD STUDHALTER, «Di Bello» reloaded – Konstitutionelle Prädisposition und intensitätsarmer Kausalzusammenhang, PSF 2019, 95-132

LUCIANO R. MARTELOZZO, Der intensitätsarme Kausalzusammenhang und die Bedeutung der vorgelagerten Prüfung des Ursachenzusammenhangs, HAVE 2018, 264-268

LUCIANO R. MARTELOZZO, Die Validierung psychischer Störungen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, PSF 2016, 51-85

ATRICK SUTER, Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, HAVE 2015, 447-451

Vorexemplar Referenten

LUCIANO R. MARTELOZZO, Wegfall einer einmal gegebenen Haftung?, HAVE 2015, 298-300

MAX B. BERGER, «Nur, aber immerhin» [Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung], HAVE 2015, 291-298

PATRICK SUTER, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, PSF 2015, 79-110

P DAVID HUSMANN / SILVIO RIESEN, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, PSF 2015, 43-77

CHRISTIAN HAAG, Überwindbarkeitspraxis im Haftpflichtrecht nicht anwendbar, HAVE 2014, 410-412

Max B. Berger, Kausalität – die Kirche bleibt im Dorf, HAVE 2012, 404-405

HANS RUDOLF STÖCKLI, Das medizinische Kausalitätsgutachten. Probleme der Kausalitätsbeurteilung aus Sicht des Medizinischen Gutachters, PSF 2009, 71-89

VITO ROBERTO / KRISTOFFEL GRECHENIG, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, die Rolle der Adäquanz, PSF 2009, 55-70

STEFAN A. DETTWILER, Leichte Auffahrkollision mit Schleudertrauma: Kürzung wegen Vorzustand?, HAVE 2005, 43-53

Schadenminderung

VINCENT PERRITAZ, La réduction de la créance récursoire de l'assureur social contre le responsable non privilégié (art. 44 al. 1 CO) – un analyse à partir de l'ATF 143 III 79, HAVE 2018, 145-150

KASPAR GEHRING, Schadenminderung und Mitwirkung: was können private Versicherungen verlangen? HAVE 2018, 129-136

RALF-THOMAS WITTMANN, Kein Mitverschulden bei Nichttragen eines Fahrradhelms, HAVE 2014, 275-276

HARDY LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, PSF 2007, 217-247

RICO HEINZ, Aktuelle Urteile des Bundesgerichts zu Leistungskürzungen im Haftpflichtrecht, PSF 2007, 177-187

STEPHAN WEBER, Reduktion von Schadenersatzleistungen, PSF 2007, 111-176

STEPHAN WEBER, Beeinflusst die IV-Revision die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht?, HAVE 2006, 264-266

HARDY LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, HAVE 2006, 260-264

JEAN BAPTISTE HUBER, Schadenminderungspflicht und Haushaltschaden, HAVE 2005, 375-376

VOLKER PRIBNOW, Persönlichkeitsschutz und Drittverpflichtung als Grenzen der Obliegenheit, PSF 2005, 263-273

STEPHAN WEBER, Keine Minderung von Zins und Schaden, HAVE 2004, 306-311

MARCEL SÜSSKIND, Nachweis des Personenschadens, PSF 2004, 111-164

Vorexemplar Referenten

XI. Perte d'une chance

Zu den wichtigen Urteilen im Personenschadenrecht gehört BGE 133 III 463, in dem sich das Bundesgericht mit der Perte d'une chance beschäftigt hat. Das Bundesgericht lehnt die Rechtsfigur zwar ab, beschäftigt sich aber doch recht eingehend mit ihr. Die Theorie der entgangenen Chance ermöglicht es, Schadenersatz auch dann zuzusprechen, wenn der Schadenseintritt mit Unsicherheiten verbunden ist. Abgestellt wird alsdann auf eine Wahrscheinlichkeitsquote. Die Idee wird von einer überwiegenden Lehre befürwortet und sie wurde auch in den Vorentwurf zur Haftpflichtrevision in Art. 56d Abs. 2 aufgenommen. Vielleicht liegt es am Namen, dass sich die Rechtsfigur vor allem im romanischen Rechtskreis schon seit langem etablieren konnte.

Es mag zutreffen, dass man mit den Beweisgrundsätzen in Konflikt gerät, wenn man bereits bloss mögliche Verletzungsfolgen und Vermögensnachteile als hinreichend betrachtet und in Form einer Quote zuspricht. Die Anerkennung eines Schadenersatzanspruchs gestützt auf die Wahrscheinlichkeitsquote führt zumindest bei einem Blick übers Ganze zu einem fairen Schadenausgleich. Man müsste damit allerdings auch beim Ausgleichsprinzip Abstriche machen, denn voller Ersatz wäre vielfach nicht mehr möglich, da hinter den Zurechnungsentscheiden regelmässig nur Wahrscheinlichkeiten stehen. Dabei wäre es sinnvoll, einen minimalen und einen maximalen Grenzwert festzulegen, der überschritten werden muss, damit überhaupt ein Anspruch entsteht resp. voller Ersatz geschuldet ist, er könnte bei 25% und 75% liegen.

Dass die Rechtsfigur auch Probleme mit sich bringt und dass die Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Regelung, insbesondere auch mit Art. 42 Abs. 2 OR nicht einfach auf der Hand liegt, dem kann zugestimmt werden. Fraglich ist insbesondere, ob auch jene Fälle mit der Schadenschätzungsnorm erfasst werden können, in denen die blosse Chance die Kausalität und nicht den Schaden betrifft. Die Differenzierung wird kaum je gemacht, ist aber zentral. Wenn unsicher ist, ob der Eingriff die Rechtsgutsverletzung zur Folge hat, ist die Kausalität angesprochen; wenn die aus der Rechtsgutsverletzung resultierenden Vermögensnachteile zur Debatte stehen und als blosse Chance erscheinen, ist der Schaden und damit direkt auch Art. 42 OR angesprochen. Bei dieser Konstellation ist die Zusprechung einer blossen Quote durchaus möglich und wird bereits heute auch praktiziert, wenn z.B. beim Versorgungsschaden ein Wiederverheiratungsabzug vorgenommen wird. Die Chance, einen Architekturwettbewerb zu gewinnen oder den Zuschlag für einen Auftrag im Rahmen einer Ausschreibung zu bekommen, könnte ohne weiteres im Umfange der entsprechenden Wahrscheinlichkeit berücksichtigt

Vorexemplar Referenten

werden. Die Heilungschance dagegen, die in den Arzthaftungsfällen zur Diskussion steht, muss erst die Hürde der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Rahmen des Kausalitätsbeweises nehmen. Auch in diesen Fällen würde aber eine Quotenlösung mit ihrer grossen Flexibilität viele Probleme eliminieren und es werden damit vor allem bei Arzthaftungsfällen bereits heute Vergleiche gefunden. Die Idee der perte d'une chance sollte daher unbedingt weiterverfolgt werden, allenfalls auch im Rahmen einer (kleinen) Haftpflichtrevision.

CHRISTOPH MÜLLER, Perte d'une chance – Revisited, PSF 2018, 15-34

HARDY LANDOLT, Perte d'une chance – verlorene oder vertane Chance? Anmerkungen zu BGE 133 III 362 ff. und weiteren Urteilen des BGer im Jahre 2007 (4C.234/2006, 4C.49/2007 und 4A_227/2007), HAVE 2008, 68-71

THOMAS KADNER GRAZIANO, Ersatz für « Entgangene Chancen » im europäischen und im schweizerischen Recht. Überlegungen anlässlich des BGE 133 III 462 ff. und ein Lösungsvorschlag, HAVE 2008, 61-68

CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse : Commentaire de l'ATF 133 III 462, HAVE 2008, 55-60

PIERRE WIDMER, Chance verpasst?, HAVE 2008, 55

XII. Kapital, Rente und Schadenszins

In BGE 125 III 312 hat das Bundesgericht einen wichtigen Grundsatzentscheid zur Kapitalentschädigung getroffen, der zwar den seit langem heftig umstrittenen Kapitalisierungszinsfuss in seiner Höhe nicht antastet, gleichwohl aber mehrere Praxisänderungen und Präzisierungen mit sich gebracht hat. So wurde wahlweise eine Entschädigung in Rentenform zugelassen, was das Bundesgericht zuvor fast ausnahmslos abgelehnt hat. Mit der Indexierung der Renten wurde zudem ein Wunsch erfüllt, von dem man vor dem Entscheid gar nicht zu träumen gewagt hat. Dass dem Geschädigten das Wahlrecht in die Hand gegeben wird, während bislang der Entscheid streng nach Art. 43 OR von den Gerichten beansprucht worden ist, rundete die Innovation überraschend ab. Das dahinterstehende Motiv war weniger edel, man delegierte damit das Risiko, die falsche Wahl zu treffen, elegant an die Geschädigten: «Steht ihr aber grundsätzlich die Wahl zu, so kann sie - oder ihr gesetzlicher Vertreter - eigenverantwortlich bestimmen, ob sie einer langfristig wertsicheren Rente oder einer sofort verfügbaren Kapitalabfindung den Vorzug gibt» (E. 6.c).

Der Entscheid hinterlässt einen bitteren Nachgeschmack. Schon damals haben die Experten nämlich festgestellt, dass Renditen in Höhe von 3.5% nur mit einem hohen Aktienanteil realisierbar sind (E. 4c). Die Situation hat sich seit den

Vorgesehen für Referenten

Finanzkrisen markant verschlechtert. Mit sicheren Anlagen, und damit waren vor allem auch Staatsanleihen gemeint, lässt sich kaum mehr ein Ertrag erzielen. Zumal der Zins, und darin liegt die Präzisierung, die der Entscheid zusätzlich gebracht hat, als Real- und nicht als Nominalzinsfuss verstanden werden muss, also teuerungsbereinigt. Und abgezogen werden müssen selbstverständlich auch die Kosten der Vermögensverwaltung, da bleibt in einem Negativzinsumfeld keine einigermassen sichere Anlage übrig, die diese Voraussetzungen erfüllen könnte. Die Entschädigungen in Renten- und in Kapitalform müssen gleichwertig sein, nur dann besteht wirklich eine Wahl. Eine Entschädigung in Kapitalform entspricht einem grossen Bedürfnis, denn neben den in Rentenform ausgerichteten Sozialversicherungsleistungen ermöglicht ein Kapital u.a. einen beruflichen Neustart oder Anschaffungen wie Immobilien, die mit Renten nicht realisierbar sind.

Das Bundesgericht hat bislang stets die Rechtssicherheit hervorgehoben, die gegen einen Wechsel spricht, das dürfte aber kein ausreichendes Argument mehr sein, wenn sich längerfristig ein Trend zu tieferen Erträgen abzeichnet. Bei nächster Gelegenheit wird sich das Bundesgericht entscheiden müssen, ob es am heutigen Zinsfuss festhält, in den neuesten Urteile ist es der Frage mit verfahrensrechtlichen Argumenten ausgewichen (so in 4A_254/2018 vom 09. April 2018, weil der Direktschaden bereits erledigt war und in 4A_599/2018 vom 26. September 2019, weil die Kritik nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht worden war). Für die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfusses müssen dabei auch neue Ansätze geprüft werden, z.B. eine Differenzierung nach Anlagehorizont, aktueller Finanzsituation und Anleger. Das Festhalten an einem universalen Zinsfuss muss wohl aufgegeben werden.

Dass trotz fehlender Äquivalenz nur selten die Rentenform gewählt wird, hat verschiedene Gründe. Die Versicherer scheuen wohl den Aufwand und die Rückstellungen, die schwer kalkulierbar sind und gebundenes Vermögen bilden. Für die Geschädigten ist das Kapital neben den Sozialversicherungsrenten attraktiver und wohl oft auch die eindrücklichere Geldsumme. Daneben gibt es aber auch hier Unsicherheiten, vor allem bei der Ausgestaltung der Rentenvereinbarungen, wenn Angehörige betroffen sind. Bereits am ersten Personen-Schaden-Forum wurden diese Fragen thematisiert und Vorschläge für Mustervereinbarungen publiziert.

Erwähnenswert ist auch Urteil 4A_116/2008 vom 13. Juni 2008, in dem sich das Bundesgericht eingehend mit dem Schadenzins beschäftigt und dezidiert gegen einen Zinseszins ausspricht: «Der Grundsatz, dass Zinsen linear auf dem Kapital bis zur Bezahlung anwachsen und grundsätzlich auch im Prozess keine Zinseszinsen zuzusprechen sind, muss nicht nur für das Vertragsrecht, sondern auch für die ausservertragliche Haftung gelten. Soweit in der Rechtsprechung ohne

Vorexemplar Referenten

ausdrückliche Begründung davon abgewichen wurde, kann daran nicht festgehalten werden» (a.a.O. E. 9.4). Festgehalten wird im Entscheid auch, dass es selbstverständlich sei, dass ab dem Zeitpunkt der Kapitalisierung ein Zins zu 5% geschuldet sei, der die Diskontierung ausgleiche.

BRUNO VOGEL, Kapitalisierungszins – Was zählt?, HAVE 2018, 395-400

CHRISTIAN HUBER, Der «richtige» Kapitalisierungszinsfuss sowie die Wechselwirkung von Direktschaden und Regressanspruch, HAVE 2018, 283-289

FRANCA SCHMIDLIN-KAISER / ANDREAS LÖRTSCHER, Update Kapitalisierungszinsfuss, HAVE 2018, 281-283

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Ein Ende der Gewissheiten – BGE 143 III 79, HAVE 2018, 30-39

STEPHAN WEBER / ROLAND VOSS, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadensberechnung, PSF 2018, 231-294

STEPHAN WEBER, Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage, HAVE 2015, 153-160

FRANCA SCHMIDLIN-KAISER / ANDREAS LÖRTSCHER, Kapitalisierungszinsfuss 2% - Angemessen oder vermessen? – Teil 2, HAVE 2014, 316-323

UELI METTLER / SIMON KNAUS, Höhe des Kapitalisierungszinses für UVG-Renten als Grundlage für Regressforderungen in Haftpflichtfällen, HAVE 2014, 199-213 (inkl. Auszug aus dem Handbuch der Suva «Kapitalisierung der Renten im UVG, gültig ab 2014» und Vergleich Barwerte zu 3.5% und 2.0%

ADRIAN RUFENER, Kapitalisierung im Steuerrecht, HAVE 2014, 197-198

GUIDO AGGELER, Trends im BVG, HAVE 2014, 196-197

DANIEL SUMMERMATTER, Viel Rauch um wenig Zins, HAVE 2014, 194-195

VOLKER PRIBNOW, Halb so viel ist schon viel: Rente, Kapital und der Versuch einer Versicherungslösung, HAVE 2014, 193-194

STEPHAN WEBER, Kapitalisieren mit unterschiedlichen Zinsfüssen?, HAVE 2014, 189-192

MONIKA FRIEDLI / PETER KAUFMANN, Kapitalisierungszinsfuss – quo vadis?, HAVE 2014, 185-189

PETER BECK, Sieben Gedanken zur Zinsfussdiskussion, HAVE 2014, 184-185

MARIE-CLAUDE SOMMER, Bases techniques dans le droit de la responsabilité civile, HAVE 2014, 182-183

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Errare humanum est…, HAVE 2014, 178-182

STEPHAN WEBER, Neue Rechnungsgrundlagen und Hilfsmittel für die Berechnung von Kapital und Rente, PSF 2013, 295-325

BARBARA KLETT, Schadenersatzrente – Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, PSF 2011, 65-91

ROLF WENDELSPIESS / ANDREAS LÖRTSCHER, Schadenersatzrente – Sicht eines Haftpflichtversicherers, PSF 2011, 39-64

THOMAS GEISER, Schadenersatzrente – Unbeliebte oder überlegene Entschädigung, Überlegungen aus wissenschaftlicher Sicht, PSF 2011, 15-38

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – Eine kritische Standortbestimmung, PSF 2010, 281-360

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Nicht mit verschiedenen Ellen messen, HAVE 2009, 433-435

Vorexemplar Referenten

MAX B. BERGER, Auch beim Kapitalisieren gilt: Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln, HAVE 2009, 430-432

FELIX HUNZIKER-BLUM, Rechtssicherheit für Kapitalentschädigungen, HAVE 2009, 428-429

HARDY LANDOLT, Auch der Kapitalisierungszinsfuss ist nicht in Stein gemeisselt, HAVE 2009, 426-427

LUKAS WYSS, Der im Rahmen der Personenschadenberechnung angewendete Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% ist auch heute angemessen, HAVE 2009, 420-425

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Nominal statt real, HAVE 2009, 417-419

FRANCA SCHMIDLIN-KAISER / ANDREAS LÖRTSCHER, Diskussion um die Höhe des Kapitalisierungszinsfusses – ein Sturm im Wasserglas?, HAVE 2009, 410-416

MAX SIDLER, Das endgültige Ende einer Illusion, HAVE 2009, 407-409

ANDREAS LÖRTSCHER, Sicherstellung einer Haftpflichtversicherungsrente abgelehnt, HAVE 2007, 204-205

KURT SCHLUEP, Taggenaue Kapitalisierung von Leistungen, HAVE 2006, 68-72

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Zeit ist Geld II – oder die Funktion der Zinsen im Haftpflichtrecht, HAVE 2005, 320-325

ANDREAS LÖRTSCHER, Sicherstellung von Haftpflichtversicherungsrenten, HAVE 2005, 280-282

MARC SCHAETZLE, Lehren aus einer komplexen Schadensberechnung, HAVE 2005, 46-53

STEPHAN WEBER, Keine Minderung von Zins und Schaden, HAVE 2004, 306-311

MARC SCHAETZLE, Tücken der Schadensberechnung, HAVE 2004, 112-114

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung, HAVE 2004, 97-111

MAX SIDLER, Reaktionen zum Kapitalisierungszinsfuss und Rechtssicherheit – ein weiterer Diskussionsbeitrag, HAVE 2003, 361-363

MARC SCHAETZLE, Sicherstellung von Haftpflicht-Versicherungsrenten und ihre Berechnung, HAVE 2003, 166-168

WALTER FELLMANN / CLAUDIO BAZZANI, Kapitalisierungszinsfuss und Rechtssicherheit – ein Diskussionsbeitrag, HAVE 2003, 161-165

GUY CHAPPUIS, Le taux de capitalisation en responsabilité civile ou les incertitudes de la prévisibilité économique face à la sécurité du droit, HAVE 2003, 158-160

KONRAD LUDER, Der Einwand der verkürzten Lebenserwartung gegenüber Geschädigten, HAVE 2003, 68-70

BERNHARD A. KOCH / HELMUT KOZIOL, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, PSF 2003, 13-33

ATILAY ILERI, Kapitalisierungszinsfuss, HAVE 2002, 394

PETER BECK, Senkung des Kapitalisierungszinsfusses angezeigt, HAVE 2002, 391-393

MAX SIDLER, Kapitalisierungszinsfuss 3,5%: Das Ende einer Illusion, HAVE 2002, 388-391

HELGA PORTMANN, Wann ist die Diskontierung von Rückstellungen erlaubt?, HAVE 2002, 315-316

LUKAS DENGER / PETER GOMM, Haftpflichtrente für Erwerbs- und Rentenschaden, HAVE 2002, 310-313

Vorexemplar Referenten

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143
SASKIA SCHMID-GEENE, Kapital oder Rente – Ein rechtsvergleichender Überblick anhand von sechs europäischen Ländern, PSF 2002, 69-78
URS KALEN, Entschädigung in Rentenform, Indemnité sous forme de rentes, PSF 2002, 49-67
ATILAY ILERI, Schadenersatz in Rentenform, PSF 2002, 37-48

XIII. Kluft zum Sozialversicherungsrecht und komplexe Koordination

Deutlich komplexer als noch vor 20 Jahren präsentiert sich heute auch das Sozialversicherungsrecht, die Entwicklung zeichnet UELI KIESER in seinem Beitrag nach. Viele Gesetzesänderungen, allen voran natürlich das ATSG, aber auch Revisionen bei der Invalidenversicherung, in der beruflichen Vorsorge und in der Unfallversicherung haben zu Neuerungen geführt. Weitere, wie das stufenlose Rentensystem in der IV, stehen kurz bevor. Die meisten Rechtsentwicklungen wurden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geprägt. Ein Schwerpunkt lag dabei auf dem Umgang mit schwer fassbaren Beschwerdebildern, die immer wieder zu Präzisierungen in Form von Vermutungen, zusätzlichen Adäquanzkriterien oder beweisrechtlichen Vorgaben geführt haben. Die dabei eingeführten Sonderregeln haben dazu geführt, dass auch die Kluft zwischen dem Haftpflichtrecht und dem Sozialversicherungsrecht grösser geworden ist. So kontrastieren, wie dargestellt, die Adäquanzbeurteilung, aber etwa auch die Bestimmung des Invaliditätsgrades oder die Schadenminderungspflicht zunehmend stärker.

Immer wieder taucht die Frage auf, ob im Haftpflichtrecht nicht nach gleichen Kriterien und Massstäben geurteilt werden sollte wie im Sozialversicherungsrecht, was die Abwicklung von Personenschäden wesentlich vereinfachen würde. Neue Modelle des Zusammenspiels der beiden Rechtsbereiche und die Harmonisierung der Begriffe, die einst postuliert worden sind (sehr ausführlich in der Arbeit von ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Haftpflichtrecht und Sozialversicherungsrecht, Diss. Freiburg 1998), wurden in den letzten Jahren nicht mehr weiterverfolgt.

Stärker in den Fokus gerückt sind dagegen in den letzten beiden Jahrzehnten Fragen rund um die Koordination von Haftpflicht- und Versicherungsleistungen. Auch der Kampf um die Anteile am Direktschaden und Regress werden heftiger geführt als in der Vergangenheit. So waren Regressprozesse früher äusserst selten. In einem internen Instanzenzug wurden die Differenzen in Regressbesprechungen bereinigt und für nicht überwindbare und über den Einzelfall hinausreichende Differenzen Pilotprozesse inszeniert. Heute geben dagegen bereits unterschiedliche Vorstellungen im Quantitativ oder punkto Haftungsquote Anlass für eine

Vorexemplar Referenten

gerichtliche Auseinandersetzung und oft scheitert in diesen Fällen dann auch ein gerichtlicher Vergleich.

Die Regressprozesse sind zu einem neuen Betätigungsfeld für die spezialisierten Anwälte geworden, die Richter spielen mit: Statt der einst angestrebten Vereinfachung fordert der Regressprozess den Parteien die gleichen Anstrengungen punkto Substanziierung und Quantifizierung ab wie der Direktschaden, und selbst die Überprüfung der Sozialversicherungsleistungen wird nach einem neuen Bundesgerichtsurteil zugelassen (Urteil 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, nicht in BGE 143 III 79 aufgenommene Erwägung 12.3), wenn die Rechtmässigkeit bestritten wird. Damit muss sich der Zivilrichter auch mit den sozialversicherungsrechtlichen Kriterien der Adäquanz und mit der Leistungsbemessung auskennen. Und das oft, weil wie mit einer Schrotflinte alles bestritten wird. Das darunter auch die Qualität der Urteile leidet, wird nicht erkannt oder in Kauf genommen.

Es gibt aber auch gegenläufige Entwicklungen. Mehr als früher wird zum Mittel von Empfehlungen gegriffen und werden offene Punkte geklärt und Vereinfachungen gesucht. So wurde etwa beim Rentenschaden eine Regresspraxis etabliert, bevor sich das Bundesgericht mit der neuen Berechnungsmethode befasst und die nicht auf der Hand liegenden Koordinationsfragen geklärt hat. Das gleiche gilt auch für die Berechnung des Versorgungsschadens, wo die bundesgerichtliche Praxis noch immer bei der einphasigen Schadenberechnung verharrt, während sich im Rechtsalltag die zweiphasige Berechnung durchgesetzt hat.

Die Entwicklungen im Koordinationsrecht werden im Beitrag von THOMAS BITTEL nachgezeichnet. Sie sind beeindruckend, es wurde Neuland betreten, etwa beim Rentenschaden, alte Zöpfe wurden abgeschnitten, so beim Privatversicherungsregress, es wurden aber auch Entwicklungen wieder zurückgenommen (BGE 134 III 489), so bei der sachlichen und zeitlichen Kongruenz, die in zwei Bundesgerichtsurteilen weniger strikt gehandhabt worden sind. Einige Fragen sind noch offen, etwa die Koordination beim Versorgungsschaden, die Regressaufteilung zwischen Privat- und Sozialversicherer oder auch das Schicksal der Regresskaskade in Art. 51 Abs. OR, die nun für den Privatversicherer nicht mehr gilt, aber für diese extra geschaffen worden ist.

Wohin die Reise geht und welche Fragen noch offen sind zeigt ADRIAN ROTHENBERGER auf. Zum einen die Prozesse, die in der Pipeline sind, dann aber auch die geplanten Änderungen und Neuerungen bei den Empfehlungen und Abkommen. Kurz vor der Realisierung stehen weitergehende Schritte, nämliche eine digitale Regressplattform, die zunächst den Datenaustausch ermöglichen und vereinfachen, aber auch Zahlungen abwickeln soll. Dabei soll das Prozedere gestrafft und

Vorexemplar Referenten

für den Fall von Meinungsverschiedenheiten automatisch ein Schiedsverfahren eingeleitet werden. Selbst eine pauschalisierter Regressausgleich ist angedacht, der bei Standardfällen die Regressbeträge nicht mehr auf Einzelfallbasis ermittelt. Das sind zweifellos sinnvolle Schritte, denn der nachgelagerte Ausgleich unter Versicherern sollte mit einem möglichst geringen Aufwand abgewickelt werden. Das setzt Vereinfachungen voraus, die dann einen hohen Automatisierungsgrad ermöglichen.

ADRIAN ROTHENBERGER, Gedanken zur Zweckmässigkeit eines mehrspurigen Schadenausgleichs, HAVE 2021, 92-94

VINCENT BRULHART, Droit de la responsabilité civile et assurance: à l'enseigne d'une même utilité sociale? HAVE 2021, 89-92

YAEL STRUB, Der Regress des Sozialversicherers auf den nicht privilegierten Haftenden – pragmatische und gerechte Rechtsprechung oder gefestigter Fehlgang?, HAVE 2020, 373-378

DANIEL SUMMERMATTER, Der Regress folgt dem Schaden – Replik, HAVE 2019, 426

THOMAS BITTEL, Der Versorgungsschaden in der Regresspraxis, HAVE 2019, 331-346

DAMIAN ARNOLD, Die Versorgungsschadenberechnung im Regress – kein Hokuspokus!, HAVE 2019, 306-308

ALEXANDRE GUYAZ, La reprise en responsabilité civile des expertises mises en œuvre par les assureurs sociaux, HAVE 2019, 186-192

ANDREAS HARDEGGER / ROLAND BRUN, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG – eine kritische Würdigung einer Klägerin, HAVE 2018, 408-416

ARNAUD NUSSBAUMER, L'arrêt du TF 4A_631/2017 du 24.04.2018 : une précision jurisprudentielle discrète mais importante en matière de droit préférentiel du lésé, HAVE 2018, 401-403

STEPHAN WEBER, Der Anfang vom Ende der Regresskaskade?, HAVE 2018, 356-359

ADRIAN ROTHENBERGER, Bedeutung des Urteils 4A_602/2017 für die Privatassekuranz, HAVE 2018, 354-356

JÜRG NEF, Der Umkehrregress auf den Privatversicherer – ein Auslaufmodell, HAVE 2018, 344-348

FRANZ WERRO / VINCENT PERRITAZ, Le recours de l'assureur dommages en cas de pluralité des responsables, HAVE 2018, 339-343

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, La relation entre le recours de l'assureur privé de dommages, le recours de l'assureur social et le recours de l'employer, HAVE 2018, 334-339

GION CHRISTIAN CASANOVA, Rückgriff des Eigenschadenversicherers – eine neue Ordnung?, HAVE 2018, 331-334

ROLAND BACHMANN, Zur Entstehungsgeschichte der Praxisänderung im Regressrecht, HAVE 2018, 326-330

VINCENT PERRITAZ, La réduction de la créance récursoire de l'assureur social contre le responsable non privilégié (art. 44 al. 1 CO) – une analyse à partir de l'ATF 143 III 79, HAVE 2018, 145-150

MICHEL HEINZMANN, L'action partielle contre un débiteur solidaire, HAVE 2018, 83-87

PASCAL PICHONNAZ, La solidarité et la prescription, HAVE 2018, 79-83

ALEXANDRA KÖRNER, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – immer Haftung aller für den gesamten Schadenersatz?, HAVE 2018, 71-75

Vorexemplar Referenten

VINCENT PERRITAZ, La solidarité: un monde imparfait, HAVE 2018, 62-70

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Ein Ende der Gewissheiten – BGE 143 III 79, HAVE 2018, 30-39

ANDREA SCHMID KISTLER, Datenschutz im Austausch von Patientendaten zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherer, PSF 2018, 35-61

THIERRY DÉCAILLET, L'intérêt subrogatoire; quand et comment le calculer ?, HAVE 2017, 314-315

HARDY LANDOLT, Regress für Pflegekosten, HAVE 2017, 324-326

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Vereinbarungen zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherern betreffend den Verjährungsverzicht, HAVE 2017, 318-323

PETER BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern: Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft?, HAVE 2017, 316-318

MARKUS SCHMID, Hohe Hürden für den regressierenden Sozialversicherer, HAVE 2017, 192-193

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Le privilège de recours de l'art. 75 LPGA et le recours subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié, HAVE 2017, 186-191

REMO DOLF, Präjudiziert die Direktschadenerledigung den Regress des Sozialversicherers? Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II 2017, 145-175

THOMAS BITTEL / BERNHARD STUDHALTER, Stört das Regressprivileg die Koordination? Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II 2017, 91-128

ADRIAN ROTHENBERGER, Die Verwirklichung der Koordinationsziele durch den Kongruenzgrundsatz, Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II 2017, 69-90

UELI KIESER, Die Sättigungsgrenze des mutmasslich entgangenen Verdienstes – Crux oder Fluch? Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II 2017, 45-67

HARDY LANDOLT, Koordination der haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der ALV/EL, Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II 2017, 13-43

MAX B. BERGER, Die Bindungswirkung der Invaliditätsbemessung der IV, Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, PSF 2017, 129-143

ANNE-SYLVIE DUPONT, Evaluation de l'invalidité: quel avenir pour la méthode mixte?, PSF 2017, 49-63

LÉONORE RUFFIEUX / THIERRY DÉCAILLET, Perte de soutien et subrogation: l'expérience d'un assureur-accidents, HAVE 2016, 386-390

IGNACIO MORENO, Die haftpflichtrechtliche Globalrechnung, HAVE 2016, 382-385

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, La concordance temporelle des droits et ses écueils, HAVE 2016, 373-381

VOLKER PRIBNOW, Der Unsinn einer Überentschädigung durch Personenschaden, HAVE 2016, 371-372

MAX B. BERGER, Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es eine Bestimmung enthält, HAVE 2016, 369-371

BERNHARD STUDHALTER, Überentschädigung und marodierende Polykongruenzen – the walking dead?, HAVE 2016, 366-368

MARC HÜRZELER / CLAUDIA CADERAS, Kongruenz – Wie allgemein ist der Rechtsgrundsatz?, HAVE 2016, 364-365

ADRIAN ROTHENBERGER, Der Kongruenzgrundsatz als Steuerungsmittel für eine gerechte Allokation von Haftpflichtleistungen (Teil 2), HAVE 2016, 304-314

Voexemplar Referenten

JÜRG NEF, Versicherungssumme, Selbstbehalt, Leistungskürzung: Anrechnung im Schadenfall, HAVE 2016, 184-189

ADRIAN ROTHENBERGER, Der Kongruenzgrundsatz als Steuerungsmittel für eine gerechte Allokation von Haftpflichtleistungen (Teil 1), HAVE 2016, 177-183

IGNACIO MORENO, Das Regressprivileg des Arbeitgebers, HAVE 2015, 367-374

ALBORZ TOLOU, Le recours interne dans la solidarité imparfaite, HAVE 2015, 130-145

THOMAS GEISER, Ansprüche gegen und von Arbeitgebern bei Personenschäden, PSF 2015, 111-133

STEPHAN WEBER / ROLAND VOSS, Neue Koordinationsregeln im Berechnungsprogramm LEONARDO, HAVE 2014, 327-329

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Geschädigte und Unfallversicherer im gleichen Boot!, HAVE 2014, 241-252

HARDY LANDOLT, Intrasystemische Koordination im Haftpflichtrecht, HAVE 2014, 221-240

UELI METTLER / SIMON KNAUS, Höhe des Kapitalisierungszinses für UVG-Renten als Grundlage für Regressforderungen in Haftpflichtfällen, HAVE 2014, 199-213 (inkl. Auszug aus dem Handbuch der Suva «Kapitalisierung der Renten im UVG, gültig ab 2014» und Vergleich Barwerte zu 3.5% und 2.0%)

MARC HÜRZELER, Koordinationsfragen im BVG, HAVE 2014, 151-169

MAX B. BERGER, Vorrechte der geschädigten Person auf dem Prüfstand, HAVE 2014, 97-111

BERNHARD STUDHALTER, Aktuelle Koordinations- und Kongruenzprobleme, HAVE 2014, 43-95

JAN HERRMANN, Aspekte des Regressrechts des Sozialversicherers im Versorgungsschaden, HAVE 2014, 39-42

MARC HÜRZELER, Unfallkoordination in der weitergehenden beruflichen Vorsorge, HAVE 2014, 33-35

MARKUS SCHMID, Konvergenz und Divergenz der Schadenausgleichssysteme, HAVE 2014, 17-32

FELIX HUNZIKER-BLUM, Motorradunfall in Schottland – Regressunfall auf der A1, HAVE 2013, 69

VESNA POLIČ FOGLAR, Das Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers in der Transportversicherung, HAVE 2012, 499-501

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Subrogation de l'assureur-accidents, HAVE 2012, 423-428

CORINNE MONNARD SÉCHAUD, Coordination intersystémique, HAVE 2012, 279-287

MARC HÜRZELER, Informationspflichten im Verhältnis zwischen Direktschadenerledigung und Rückgriff der Sozialversicherer, HAVE 2012, 175-176

REMO DOLF, Auswirkungen der IVG-Schlussbestimmung auf regressrechtliche Fragen, HAVE 2012, 150-160

BRUNO VOGEL, Die Verjährung der Subrogationsforderung des Sozialversicherers im Lichte der Revisionsvorlage zum Verjährungsrecht, HAVE 2012, 97-99

PETER BECK, Offene Regressfragen, PSF 2012, 311-320

MARKUS SCHMID, Ausgewählte Fragen zu Problemen bei der Durchsetzung der Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers, PSF 2012, 293-310

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Entwicklungen im Koordinationsrecht – intra- und extrasystemische Fragen, PSF 2012, 285-292

MARTIN HABLÜTZEL, Leistungsverzicht im Sozialversicherungsrecht, HAVE 2011, 319-323

VOLKER PRIBNOW, Missgunst im Rechtsstaat, HAVE 2011, 316-318

Vorexemplar Referenten

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Hat BGE 136 V 279 Auswirkungen auf die Regressansprüche der obligatorischen Unfallversicherung?, HAVE 2011, 76-79

MARGIT MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral dans le domaine des assurances sociales – aspects choisis, HAVE 2010, 335-348

STEPHAN WEBER, Kausalität und Solidarität – Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, HAVE 2010, 115-127

MARC HÜRZELER, Die Koordination von Altersleistungen im Sozialversicherungsrecht, PSF 2010, 73-103

ALEXANDER MÜLLER, Besonderheiten beim Regress des Privatversicherers, PSF 2010, 47-71

JÜRG WALDMEIER, Sozialversicherungsregress in Spanien – Suva gewinnt vor Tribunal Supremo, HAVE 2009, 311-318

MARC HÜRZELER, Intrasystemische Leistungskoordination im UVG – Wie weiter bei Zuständigkeitsstreitigkeiten unter Unfallversicherern?, HAVE 2009, 38-42

HANS SCHWARZ, Einwand des Befriedigungsvorrechtes (Urteil des BGer 4A_246/2008 vom 23.09.2008), HAVE 2009, 34-38

UELI KIESER, Entwicklungen im Koordinationsrecht der Sozialversicherung – formell und materiellrechtliche Aspekte, PSF 2009, 215-258

BERNHARD STUDHALTER, Leiser Abschied von der Polykongruenz (BGE 134 III 489), HAVE 2008, 346-351

PAMELA KUTTEL, Begriff der Teilnahme nach Art. 50 OR, HAVE 2008, 320-335

MARC HÜRZELER, Neuere Entwicklungen im Leistungs- und Koordinationsrecht der beruflichen Vorsorge, HAVE 2008, 236-240

VOLKER PRIBNOW, Das Quotenvorrecht: Unverzichtbares Schadenerledigungsprivileg des Geschädigten, HAVE 2008, 173-174

GERHARD STOESSEL, Quotenvorrecht der Sozialversicherer, HAVE 2008, 171-173

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Fehlbares Verhalten soll nicht länger ohne Konsequenzen bleiben – das Quotenvorrecht der Geschädigten ist zu ersetzen, HAVE 2008, 168-171

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Le droit préférentiel de la victime: et les autres options?, HAVE 2008, 164-167

PETER BECK, Einführung des Quotenvorrechts zugunsten der Sozialversicherung?, HAVE 2008, 163-164

PIERRE WESSNER, L'action récursoire en cas de solidarité imparfaite : l'inopposabilité dans les rapports internes de la prescription acquise face au lésé (ATF 133 III 6), HAVE 2008, 26-31

THOMAS FREI / PETER BECK, Auswirkungen der 5. IV-Revision, Empfehlung der gemeinsamen Arbeitsgruppe von BSV / SLK / Suva, HAVE 2007, 404

THIERRY DÉCAILLET, Du bon usage du droit préférentiel en matière de recours des assureurs sociaux dans les rapports internationaux (ATF 4P.324/2006 et 4C.428/2006 du 08.03.2007), HAVE 2007, 353-356

THOMAS BITTEL / LORENA LOCHER, Die 5. IV-Revision und ihre Auswirkungen auf das Haftpflichtrecht und den Regress, HAVE 2007, 324-334

PETER BECK, Das Regressportal – eine Webapplikation als Arbeitsinstrument, HAVE 2007, 196-197

PETER BECK, Leistungsabbau im Sozialversicherungsrecht – Konsequenzen für die Schaden- und Regresserledigung, PSF 2007, 249-268

Vorexemplar Referenten

PETER BECK, Koordinationsprinzipien auf dem Prüfstand, PSF 2006, 237-272

UELI KIESER, Sozialversicherungsrechtliche Leistungen – Entwicklungen in Rechtsetzung und Rechtsprechung, PSF 2006, 199-235

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF / ALEXANDER MÜLLER, Die Verjährung von Regressrechten im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, HAVE 2006, 321-329

PETER BECK / MARTIN MERZ, Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte, HAVE 2006, 188-193

BERNHARD STUDHALTER, Gesamtschadenmethode, Saldoverrechnung und Kongruenzdivergenzen, HAVE 2006, 114-125

GRAZIELLA SALAMONE, Die Bindungswirkung der Invaliditätsschätzung der Invalidenversicherung und die Beschwerdelegitimation des Unfallversicherers im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren, HAVE 2005, 338-343

STEFAN HOFER, Überlegungen zum revidierten Art. 24 Abs. 2 BVV 2, HAVE 2005, 167-170

ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Koordinationsrechtliche Bestimmungen der 1. BVG-Revision, HAVE 2005, 164-167

VOLKER PRIBNOW / MARKUS ZIMMERMANN, Einkommensnachweis, Omnikongruenz und Haushaltschaden, HAVE 2005, 140-147

THOMAS KOLLER, Das Regressprivileg und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten, HAVE 2005, 25-29

PETER BECK, Die Regressbestimmungen der 1. BVG-Revision, HAVE 2004, 335-339

BRUNO VOGEL / THEODOR BICHSEL, Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft, HAVE 2004, 331-334

FRANÇOIS KOLLY, Le droit préférentiel du lésé, en l'absence de prétention directe de celui-ci – application du droit préférentiel abstrait ou concret?, HAVE 2004, 302-305

THOMAS FREI, Die durch ein Regresspivileg gestörte Koordinationsgemeinschaft, HAVE 2004, 140-141

PETER BECK / GUY CHAPPUIS, Recours de l'institution de prévoyance à l'encontre du tiers responsable, Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte, HAVE 2004, 70-76

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Deckungsausschlüsse für Regressansprüche, HAVE 2004, 32-37

SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Koordinationsprobleme und Überentschädigung, PSF 2004, 165-190

THOMAS BITTEL, Ausgewählte Fragen zum Versorgungsschaden, PSF 2004, 53-85

BETTINA KAHIL-WOLFF, Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur, HAVE 2003, 301-305

PETER GOMM, Anrechnung von Drittleistungen und Kongruenz in der Opferhilfe, HAVE 2003, 239-245

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Assurance sociale et solidarité, HAVE 2003, 143-145

ALEXIS BOLLE / MARCEL SÜSSKIND, Quotenvorrecht des Geschädigten im internationalen Verhältnis, HAVE 2003, 54-56

GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, De la renonciation aux prestations d'assurance sociale (art. 23 LPGA / ATSG), HAVE 2002, 335-341

PETER BECK, Letztes Aufbäumen vor der Abschaffung des Haftungsprivilegs, HAVE 2002, 214-217

WALTER FELLMANN, Solidarische Haftung und Verjährung des Ausgleichsanspruches bei unechter Solidarität (BGE 127 III 257 ff.), HAVE 2002, 113-119

Vorexemplar Referenten

ALEXIS BOLLE / PHILIPPE HENGY, Strassenverkehrsunfall mit Körperverletzung in Frankreich: Der Auslandregress des schweizerischen UVG-Versicherers, HAVE 2002, 106-112

ROLAND BREHM, Solidarité «absolue» ou solidarité «relative » en responsabilité civile ?, HAVE 2002, 85-91

STEPHAN WEBER / MARC SCHAETZLE, Entwicklungen, PSF 2002, 101-143

STEFAN HOFER, Pensionskassenregress, PSF 2002, 93-100

PETER BECK, Ungenügende Koordination der Pensionskassenleistungen, PSF 2002, 79-92

XIV. Gesetzgebung

Die Entwicklungen in der Gesetzgebung sind bescheiden. Die geplante Totalrevision des Haftpflichtrechts wurde vom Bundesrat abgeblasen, sie hat es nicht einmal zu einem Entwurf geschafft. Es sei ein Anliegen, das hauptsächlich von akademischen Kreisen gewünscht wird, die Praxis stosse sich nicht daran, dass die Grundsätze des Haftpflichtrechts häufig nicht in Gesetzesform, sondern in der Rechtsprechung festgelegt werden.

Der Vorentwurf hätte kaum materielle Änderungen beim Personenschaden nach sich gezogen, auch wenn die Formulierungen in den Art. 45a und 45b des Vorentwurfs leicht abweichen. Auch bei der Genugtuung wäre wohl nur der Anspruch der Angehörigen bei einer schweren Körperverletzung im Gesetz nachgeführt worden (Art. 45e Abs. 3 VE). Der Vorentwurf hätte dagegen auch die Koordination mit den Privatversicherungsleistungen geregelt und das nun in der Teilrevision des VVG eingeführte integrale Regressrecht vorweggenommen, wäre sogar mit der Regelung zum Quoten- und Befriedigungsvorrecht sowie der Quotenteilung noch etwas weiter gegangen (Art. 54 b VE). Auch die Ausweitung des direkten Forderungsrechts auf nichtobligatorische Haftpflichtversicherungen war im VE vorgesehen. Bedeutsame Neuerungen hätte der VE bei den Verfahrens- und Beweisregeln gebracht und die Durchsetzung der Personenschäden damit wohl erleichtert, so mit der «einleuchtenden Wahrscheinlichkeit» und der Möglichkeit, den Ersatz nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad zu bemessen, also der Einführung der perte d'une chance (Art. 56d Abs. 2), der Verteilung der Kostenvorschüsse auf beide Parteien (Art. 56f), dem ausdrücklich vorgesehenen Abweichen der Kostenverteilung nach Obsiegen (Art. 56g) oder den vorläufigen Zahlungen bei einer Glaubhaftmachung der Ansprüche (Art. 56 h).

Kaum Änderungen für den Personenschaden hätte der Vorschlag für einen neuen Allgemeinen Teil des Obligationenrechts mit sich gebracht, der von wissenschaftlicher Seite vorbereitet und unter dem Kürzel OR 2020 diskutiert worden ist. Auch

Vorzeitiger Referenten

dieser Vorschlag ist aber nicht weiterverfolgt worden, weil man keinen Nutzen darin sehen konnte.

Geändert wurden dagegen die Verjährungsbestimmungen, bei denen die Asbestfälle den Anstoss gegeben haben, wobei es dazu auch noch einen deutlichen Fingerzeig aus Strassburg benötigt hat, nämlich das EGMR Urteil i.S. Howald Moor vom 11. März 2014 (Urteil Nr. 52067/10 und 41072/11), in dem festgestellt worden ist, dass die Praxis, wonach Ansprüche verjähren, bevor der Schaden eingetreten ist, das Recht auf einen freien Zugang zum Gericht verletze und damit gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstosse. Mit der beschlossenen Verlängerung der absoluten Verjährungsfristen auf 20 Jahre für Personenschäden wird das Problem bei den Spätschäden aber nicht wirklich gelöst, dafür hätte man beim Verjährungsbeginn ansetzen müssen, was zumindest bei der vertraglichen Verjährung auch im Zugriff der Gerichte gewesen wäre. Auch zu diesem Themenbereich sind zahlreiche Artikel erschienen und dem Thema wurde eine eigene Tagung gewidmet:

Neues Verjährungsrecht

KASPAR GEHRING, Verjährungsunterbrechung durch Schuldanerkennung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 219-235

CHRISTOF BERGAMIN, Verjährungsunterbrechung durch Klage, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 187-217

DANIEL WUFFLI, Verjährungsunterbrechung durch Betreibung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 167-186

WALTER FELLMANN, Verzicht auf die Verjährungseinrede, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 143-165

ADRIAN ROTHENBERGER, Die Verjährung von Sozialversicherungsregressansprüchen, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 119-139

ANDREA EISNER-KIEFER, Verjährung in der Privatversicherung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 95-117

MICHEL VERDE, Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 65-92

NICOLA MOSER, Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, 2018, 17-63

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse?, HAVE 2014, 66-68

DAVID HUSMANN / MASSIMO ALIOTTA, Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschäden, HAVE 2014, 89-92

PASCAL PICHONNAZ, La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription, HAVE 2014, 84-88

FRANZ WERRO, L'interruption de la prescription en cas de pluralité de responsables dans le projet du Conseil fédéral, HAVE 2014, 80-83

Vorexemplar Referenten

HUBERT STÖCKLI / CHRISTOF BERGAMIN, Die Bestimmungen zu Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, HAVE 2014, 75-79

WALTER FELLMANN, Verkürzung der Verjährungsfrist aus Vertragsverletzung bei Köperverletzung oder Tötung, HAVE 2014, 73-75

PIERRE WIDMER, Le dies a (quipro)quo dans la prescription subsidiaire, HAVE 2014, 69-72

Haftpflichtrevision

LUKAS DENGER / VOLKER PRIBNOW, Der Vorentwurf eines Gesetzes über die Revision und die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus der Sicht der Vereinigung der Geschädigtenanwältinnen und -anwälte, HAVE 2002, 228-230

JÜRG RUF, Vernehmlassungsantwort des SVV zum Expertenentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, HAVE 2002, 226-228

BAPTISTE RUSCONI, Revision et unification du droit de la responsabilité civile : La Position des avocats suisse, HAVE 2002, 222-225

STEPHAN WEBER, Revision des Haftpflichtrechts, HAVE 2002, 221-222

OR 2020

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Les délais de prescription selon le « CO 2020 » : description et analyse, HAVE 2013, 367-372

WALTER FELLMANN, Revision der Revision – Abkehr von einer Generalklausel der Gefährdungshaftung, HAVE 2013, 363-367

CHRISTINE CHAPPUIS, Une nouvelle clause générale de responsabilité pour faute, HAVE 2013, 360-362

STEPHAN WEBER, Doch noch eine Revision des Haftpflichtrechts – erste Eindrücke zu den Vorschlägen im Entwurf OR 2020, HAVE 2013, 357-360

FRANZ WERRO / CHRISTOPH MÜLLER, OR 2020 – Das neue Deliktsrecht: Allerheilmittel oder Pandorabüchse?, HAVE 2013, 351-356

CLAIRE HUGUENIN, « Obligationenrecht 2020 » - eine Vision für ein neues Obligationenrecht, HAVE 2013, 182-183

XV. Veränderter Rahmen

Der Blick auf die letzten beiden Jahrzehnte wäre unvollständig, wenn er sich nicht auch auf die sich ändernden Rahmenbedingungen richten würde. Sicher haben die unzähligen Artikel zum Personenschaden zur Diskussion und Entwicklung des Personenschadens beigetragen. Viele davon sind in der Zeitschrift HAVE oder in einem Tagungsbeitrag erschienen, z.B. im Tagungsband zum Personen-Schaden-Forum oder einer anderen Veranstaltung. Gerade das Personen-Schaden-Forum bemüht sich seit nun 20 Jahren, aktuelle Themen aufzugreifen und breit

Vorexemplar Referenten

diskutieren zu lassen. Die Idee, mit diesen Gefässen eine Plattform für die verschiedenen Standpunkte zu bieten, konnte sehr weitgehend verwirklicht werden. Entstanden ist ein grosser Fundus, auf den bei der Schadenbearbeitung zurückgegriffen werden kann. An der Diskussion haben sich alle Seiten beteiligt, nebst den Anwältinnen und Anwälten, den Haftpflicht- und Sozialversicherern auch die Wissenschaft und, wenn auch allzu selten, Richterinnen und Richter. Für die hier beleuchteten Themen haben wir die Beiträge zusammengestellt, die in der Zeitschrift oder an einem Personen-Schaden-Forum behandelt worden sind, die Ausbeute ist beeindruckend.

Verändert haben sich ganz allgemein die Informationsangebote. So werden seit 2007 sämtliche Bundesgerichtsentscheide publiziert, während zuvor nicht publizierte Entscheide nur vereinzelt in speziellen Sammlungen zugänglich waren. Auch viele kantonale Entscheide werden nun publiziert. Die Suche im Internet ist zur Selbstverständlichkeit geworden, Informationen werden «gegoogelt» und nicht mehr nur in Büchern, Bibliothekskatalogen und kostenpflichtigen Datenbanken recherchiert.

Auch die Ausbildungsangebote haben sich verändert. Eingeführt wurde die Fachanwaltsausbildung im Bereich des Haftpflicht- und Versicherungsrechts. Seit über 15 Jahren wird zudem vom Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen ein CAS in diesem Fachbereich angeboten. Damit haben in der Zwischenzeit über 400 Personen eine spezialisierte Ausbildung erfahren, in deren Zentrum vor allem der Personenschaden stand.

Einen nicht unwesentlichen Anteil an der Entwicklung hat wohl auch das Berechnungsprogramm LEONARDO. Es hat dazu geführt, dass die Ansprüche weniger rudimentär berechnet und bazarartig verhandelt werden. Die Auswirkungen der Annahmen über die Haftungsquote, den Invaliditätsgrad oder die Entwicklung des Einkommens waren früher kaum abschätzbar und so wurde oft mit pauschalen Zu- und Abschlägen eine Lösung gesucht und mit Kompensationsüberlegungen das eine Argument gegen das andere «eingetauscht». Die elektronischen Berechnungshilfen haben dazu beigetragen, dass die Entschädigungen angemessener, transparenter und nachvollziehbarer geworden sind. Die Bearbeitung der Personenschäden ist dadurch aber nicht einfacher, sondern wohl eher anspruchsvoller geworden sind und setzt die erwähnte Spezialisierung voraus.

Vorschau plan referenten

XVI. Bilanz und Ausblick

Die Rechtsentwicklung zeigt eine zunehmende Differenzierung, sowohl bei den Berechnungsmodalitäten wie auch bei der Koordination mit den Sozialversicherungsleistungen. Letztere hat die Lehre besonders in den Bann gezogen hat, wie die vielen Beiträge zeigen, die zu diesem Thema publiziert worden sind. Im Rückblick zeigt sich auch, wie Veränderungen weitere nach sich gezogen haben. So hat die Einführung der Aktivitätstafeln bei der Kapitalisierung die Kongruenzdiskussion ausgelöst oder das Quotenvorrecht zu dogmatischen Differenzierungen bei den Reduktionsgründen geführt, aber auch die Berechnung der einzelnen Schadenposten nachhaltig beeinflusst, wie das Beispiel des Erwerbs- und Rentenschadens zeigen. Erstaunlich ist auch, wie lange es gedauert hat, bis die Aktivitätstafeln in mehreren Anläufen ihre richtige Anwendung gefunden haben, und die Diskussion ist noch nicht abgeschlossen.

Nicht alle Kritik und Vorschläge für die Weiterentwicklung haben Gehör gefunden. Insbesondere die Forderung, vermehrt auf Statistiken abzustellen und nicht einen individuellen Schadennachweis zu fordern, hat sich v.a. im Bereich des Erwerbsschadens nicht durchsetzen können. Es kann nicht genug betont werden, dass sich der Schaden über weite Strecken nur grob schätzen lässt, das gilt insbesondere für die zukünftigen Schäden. In der Zukunft verliert sich zunehmend der Bezug zum konkreten Einzelfall, denn individuelle Prognosen sind nur selten möglich, die Schadenschätzung muss dem «gewöhnlichen Lauf der Dinge» folgen, wie das Art. 42 Abs. 2 OR ja auch vorsieht.

Das Abstellen auf Erfahrungswerte für den zukünftigen Schaden würde eine Vereinfachung der Schadenschätzung und mehr Rechtssicherheit mit sich bringen. Beim Haushaltschaden hat man mit der Anerkennung der SAKE-Statistiken zur unbezahlten Arbeit diesen Schritt zwar gemacht, kommt aber mit dem Lavieren zwischen der konkreten Situation und den abstrakten Daten noch nicht klar. Die Errungenschaften einer normierten Schadensberechnung werden aufs Spiel gesetzt, wenn nun im Gegensatz zu früheren Urteilen wieder ein konkreter Beweis für die im Haushalt verrichteten Tätigkeiten gefordert wird. Eine Schadenschätzung auf statistischer Grundlage beeinflusst grundlegend auch die Beweissituation. Sie führt weg von den konkreten Verhältnissen im Einzelfall. Die Substanzierungsanforderungen werden vereinfacht und aufwändige Beweisverfahren können vermieden werden. Das reduziert die Konflikte und erlaubt eine bessere Einschätzung der Risiken einer prozessualen Auseinandersetzung.

Es würde sich lohnen, die noch nicht klar entschiedenen Rechtsfragen einer Lösung zuzuführen, sich von der Einzelfalloptik hin zu einer evidenzbasierten

Vorexemplar Referenten

Schadenberechnung zu bewegen, die in sich stimmig ist. Das bedingt auch ein Denken in Szenarien. Man kann nicht den Zinsfuss in seiner heutigen Höhe verteidigen und auf stagnierende Löhne pochen und ebenso ist es nicht opportun, die Ertragsmöglichkeiten in anderen Bereichen fundamental anders einzuschätzen als im Haftpflichtrecht, wie das im Vergleich zur beruflichen Vorsorge geschieht. Es braucht einen offenen Diskurs über die massgebenden Referenzszenarien, die für die Schätzung des zukünftigen Schadens herangezogen werden. Vom Bundesgericht wird die Rechtssicherheit ausgerechnet dort hoch gehalten, wo die Erfahrungswerte seit Jahrzehnten gegen sie stehen, nämlich beim Kapitalisierungszinsfuss. Eine Neubeurteilung der angemessenen Diskontierung ist angezeigt. Diese muss aber im Kontext zu den übrigen Parametern stehen. Preisentwicklung, Zins und Löhne korrelieren noch immer, verändert hat sich aber das Niveau.

Nachdem das Bundesgericht in einigen Entscheiden mutige Schritte unternommen hat, indem es beim Erwerbsschaden die Berechnungsmethode angepasst und beim Haushaltschaden Statistiken etabliert hat, wird in jüngeren Entscheiden wieder zurückbuchstabiert, widersprüchlich entschieden und damit die Errungenschaft früherer Urteile aufs Spiel gesetzt. Das ist etwa beim Haushaltschaden zu beobachten. Bedauerlich ist auch, dass die vorhandenen Spielräume nicht ausgenutzt werden, so die Möglichkeit, bei der Schadenminderung eine flexible Kürzung vorzunehmen, statt nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip zu entscheiden. Ebenso könnten mit der Zulassung der perte d'une chance für viele Fälle angemessene Lösungen gefunden werden, die bei einem Schwarz-Weiss-Denken nicht im Zugriff sind. Die Grautöne sind es, die das Haftpflichtrecht vom Sozialversicherungsrecht unterscheiden. Der Umgang mit diesen ist anspruchsvoll, vor allem, wenn auch die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit gewahrt bleiben sollen.

Vorexemplar Referenten

Vorexemplar Referenten

Volker Pribnow*

Haushaltsschaden - Umforstungen im Palmenhain

Inhaltsverzeichnis

I. Der Haushaltschaden – schon wieder 73
II. Anspruch auf Schadenersatz in der Haushaltsführung 75
III. Normativität des Haushaltsschadens 76
IV. Berechnungsmethode des Haushaltsschadens 77
A. Mutmasslicher Aufwand ohne Unfall 77
1. Das Konzept zum Modul unbezahlte Arbeit als statistischer Wert 78
2. SAKE als geeignete statistische Grundlage 79
B. Feststellung der Einschränkung der geschädigten Person im Haushalt 81
1. Medizinische Gutachten 82
2. EFL und Haushaltassessment 83
3. Haushaltsabklärung in der IV 83
C. Ersatzlohn 84
V. Abstrakt vs. konkret 87
VI. Beweislast und Kognition 91
VII. Die Pflicht zur Schadenminderung 94
VIII. Ausblick 95
Literaturverzeichnis 97

I. Der Haushaltschaden – schon wieder

«Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet», so der Wortlaut in Art. 41 Abs. 1 OR als Grundnorm für die Haftung aus unerlaubter Handlung.

Unter dem Titel Haushaltsschaden hat der Schadenersatzpflichtige der geschädigten Person den Verlust der Leistungen in der Führung des Haushaltes sowie in der Pflege und Erziehung der Kinder zu ersetzen.[1] Ersatz ist zu leisten für den Wert der bisher im Haushalt unentgeltlich getätigten Arbeiten, welche die geschädigte

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Baden.
1 BGE 131 III 360 E. 8.1.

Volexemplar Referenten

Person wegen des Unfalls nicht mehr verrichten kann und die sie ohne den Unfall für sich und ihre Angehörigen erledigt hätte.[2] In anderen Worten: Die geschädigte Person hat Anspruch auf Schadenersatz, wenn sie ohne Unfall eine Haushaltstätigkeit ausgeübt hätte, unabhängig davon, ob wegen des Unfalls konkret Kosten für die Haushaltsführung oder Kinderbetreuung durch eine Haushaltshilfe angefallen sind. Auszugleichen ist der wirtschaftliche Wertverlust durch die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit der geschädigten Person im Haushalt, ohne dass eine sich daraus ergebende Vermögenseinbusse konkret nachgewiesen werden muss.[3]

Für geschädigte Personen, die über eine Deckung bei einer obligatorischen Unfallversicherung verfügen, stellt der Haushaltsschaden oftmals die grösste Leistung dar, die sie vom haftpflichtigen Dritten direkt erhalten. Aus Sicht der Betroffenen ist der Haushaltsschaden darum wesentliches Element dessen, dass derjenige, der den Schaden verursacht hat, spürbar für diesen Schaden aufkommt; aus Sicht der Haftpflichtversicherer ist der Haushaltsschaden mitunter eher ungeliebt und dazu geeignet, zu nicht vollständig berechtigten Entschädigungen zu führen. Das 1. Personen-Schaden-Forum 2002 im Volkshaus begann – nach anfänglichen technischen Problemen mit der Tonanlage – mit zwei Vorträgen zum Haushaltführungsschaden, insbesondere zur monetären Bewertung des Haushaltsschadens. Die Zeitschrift HAVE/REAS enthielt im ersten Heft des ersten Jahrgangs einen Beitrag zu eben diesen Tabellen, die in ihrer Vielfalt als «Palmenhain» bezeichnet wurden (während eine erste Publikation, beruhend auf diesen Zahlen, noch als «einsame Palme auf sandigem Grund» kritisiert worden war) und ebenso einen Beitrag über den Haushaltsschaden in der Opferhilfe. Seither sind viele Diskussionen geführt, Artikel geschrieben und Urteile gefällt worden. Im Wesentlichen hat sich eine einheitliche Berechnungsmethode etabliert, die als bewährt bezeichnet werden darf und die auf den SAKE-Tabellen beruht. Dies bedeutet nicht, dass alle Diskussionen verstummt wären, und auch nach dem 20. Personen-Schaden-Forum werden Fragen immer wieder neu gestellt und beantwortet werden.

Vorexemplar Referenten

2 Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.1.
3 Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 5.1.

II. Anspruch auf Schadenersatz in der Haushaltsführung

Ein Haushaltsschaden kann sowohl im Todesfall (sog. «Versorger-Haushaltsschaden») nach Art. 45 Abs. 3 OR als auch bei Körperverletzung i.S.v. Art. 46 Abs. 1 OR geltend gemacht werden.

Im Rahmen einer Körperverletzung hat nach Art. 46 Abs. 1 OR jede Person, die verletzt und in ihrer Haushaltsführung beeinträchtigt worden ist, Anspruch auf Schadenersatz, sofern sie zum Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses oder in konkret absehbarer Zukunft ohne Körperverletzung überhaupt eine Haushaltstätigkeit ausgeübt hätte.[4]

Reflexgeschädigte haben dem Grundsatz nach keinen eigenen Anspruch auf Schadenersatz. In BGE 99 II 221 kam das Bundesgericht 1973 in damals moderner Auffassung des Schadensbegriffs zum Schluss, dass der Hausfrau ein eigener Schadenersatzanspruch zusteht, wenn sie infolge des schädigenden Ereignisses ihre Obliegenheiten nicht mehr oder nur noch teilweise erfüllen kann. Dieser Schadenersatzanspruch könne der Hausfrau nicht verweigert werden mit der Begründung, dass andere Familienanagehörige, insbesondere der Ehemann, die ihr obliegenden Arbeiten zu verrichten haben.[5] In BGE 127 III 403 präzisiert das Bundesgericht 2001, dass der Aufwand für den Ersatz der Beeinträchtigung aus Haushaltsführung unabhängig davon ersetzt wird, ob und in welchem Masse neben der geschädigten Person weitere Haushaltsmitglieder profitiert haben. Der Grundsatz, dass Reflexschäden abgesehen vom Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) nicht zu ersetzen sind, wird insofern eherechtlich begründet relativiert, weil die haushaltführende Person damit ihren Beitrag an den ehelichen Unterhalt leistet (Art. 163 ZGB). Die gemäss Art. 163/164 ZGB von jedem Ehegatten zu erbringenden Beiträge an den Familienunterhalt sind - so gemäss Bundesgericht - als gleichwertig zu betrachten. Zu ersetzen hat der Schädiger somit den verletzungsbedingten Wertverlust der Haushaltsführung, ungeachtet dessen, ob dieser Wertverlust zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der geschädigten Person selbst oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt.[6]

Vorexemplar Referenten

4 Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 5.1.; 4A_23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.3.1.; 4A_288/2017 vom 22. November 2017 E. 5.2.; m.w.H. GÄHWILER, N 72 zu Art. 46 OR.

5 BGE 99 II 221 E. 2.; m.w.H. BK-BREHM, N 18e zu Art. 42 OR.

6 BGE 127 III 403 E. 4b.

III. Normativität des Haushaltsschadens

Voraussetzung für jeden Anspruch auf Schadenersatz ist das Eintreten eines Schadens. Der zu ersetzende Schaden ist im Grundsatz finanzieller Natur und entspricht, im Sinne der in der Schweiz vorherrschenden Differenztheorie, einer ungewollten Verminderung des Reinvermögens: Der Schaden kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte bzw. den Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und denjenigen, die ohne dieses Ereignis zugeflossen wären. Eine Entschädigung über diese Vermögensverminderung hinaus ist zu vermeiden.[7]

Mit dem Haushaltsschaden wird von diesem Grundsatz eine Ausnahme statuiert. Der «normative» Haushaltsschaden ist, gemessen am Aufwand, der eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde, zu ersetzen ohne, dass eine daraus konkret entstandene Vermögenseinbusse nachgewiesen werden muss.[8] Die geschädigte Person ist mit anderen Worten nicht gezwungen, tatsächlich eine Hilfskraft im Haushalt zu engagieren und zu bezahlen.

Die Normativität des Haushaltsschadens besagt noch nichts über seine Natur als entweder entgangener Gewinn (lucrum cessans) oder vermehrte Kosten (damnum emergens). Was der Haushaltsführungsschaden genau ist, ist bis heute vom Bundesgericht nicht geklärt. Die Elemente, nach denen er berechnet wird, stellen einerseits auf die eigene Wertschöpfung der geschädigten Person ab (und damit auf einen lucrum cessans), andererseits aber auch auf nachweisbare Kosten einer Ersatzkraft (und damit auf einen damnum emergens). Die Frage ist dort von Bedeutung, wo der hypothetische Verlauf ohne schädigendes Ereignis von demjenigen abweicht, wie er sich tatsächlich einstellt, was bei einem Dauerschaden häufig der Fall ist.[9] Wenn ein Haushaltsführungsschaden abgelehnt wird, weil eine geschädigte Person infolge des Ereignisses dauerhaft in einem Heim pflegebedürftig ist und keinen eigenen Haushalt mehr führt (und damit die konkrete Lebenssituation

7 BGE 132 III 321 E. 2.2.1.

8 Statt vieler BGE 132 III 321 E.3.1., Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 4.1.

9 M.w.H. PRIBNOW, damnum emergens, 11 ff.; gl. M. MORENO, 273.; WEBER, Dogmatische Ungereimtheiten, Rz. 37, unterscheidet die Begrifflichkeiten mit «Restitution» und «Kompensation» und bemerkt folgerichtig, dass das Bundesgericht, indem es auf den Lohn einer Ersatzkraft abstellt, im Sinne einer Restitution und andererseits bei der Leistungsfähigkeit der verlorenen Arbeitskraft, im Sinne einer Kompensation entscheidet.

Vorexemplar Referenten

berücksichtigt wird), ist es konsequent, bei einer Person, die infolge des Ereignisses nicht mehr erwerbstätig sein kann, im Rahmen der statistischen Werte die Zahlen für Nichterwerbstätige zur Anwendung zu bringen und nicht auf die hypothetische Lebenssituation einer Erwerbstätigkeit abzustellen.

IV. Berechnungsmethode des Haushaltsschadens

Der im Haftpflichtrecht geltende Grundsatz der möglichst konkreten Berechnung des Schadens gilt auch für den Haushaltsschaden.[10] Ausgehend von der medizinisch-theoretischen Einschränkung gilt es, deren Auswirkung auf die Haushaltsführung festzustellen. Schliesslich ist den Tätigkeiten, die die geschädigte Person nicht mehr ausführen kann, eine wirtschaftliche Bewertung beizumessen.[11]

A. Mutmasslicher Aufwand ohne Unfall

Das Bundesgericht weist in konstanter Rechtsprechung darauf hin, dass es für den Anspruch auf Ersatz des Haushaltsschadens notwendig sei, dass die geschädigte Person überhaupt einen Haushalt geführt hätte.[12] Ersatzfähig sind als Hausarbeit alle Verrichtungen, die üblicherweise in einem privaten Haushalt erbracht werden. Die Ernährung, die Wohnungspflege, der Einkauf und die Besorgung der Wäsche können als «Kernverrichtungen» betrachtet werden. Je nach dem fallen auch andere Arbeiten, wie bspw. die Gartenarbeit oder die Haustierhaltung in Betracht.[13] Bei der Ermittlung ist stets auf die konkrete Situation im Einzelfall abzustellen. Das bedeutet, dass nähere Abklärungen zu den Verhältnissen der geschädigten Person und deren Tätigkeiten im Haushalt getätigt werden müssen.[14]

Das Gericht kann den bisherigen Stundenaufwand entweder konkret oder abstrakt anhand von statistischen Daten festlegen. Zu berücksichtigen sind in beiden Fällen das Geschlecht und das Alter der geschädigten Person, ob und in welchem Umfang sie einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist sowie die Anzahl Mitbewohner.[15] Die

Vorexemplar Referenten

10 GÄHWILER, N 76 zu Art. 46 OR.
11 Urteil des BGer 4A_29/2018 vom 18. März 2019 E. 3.2.
12 Beispielhaft Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 5.1. ff., es sei keineswegs gerichtsnotorisch, dass jede gesunde erwachsene Person überhaupt eine Haushaltstätigkeit ausgeübt hätte; so auch Urteil des BGer 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 3.1.3.
13 ZK-LANDOLT, N 921 f. zu Art. 46 OR.
14 GÄHWILER, N 780 zu Art. 46 OR.
15 GÄHWILER, N 79 zu Art. 46 OR.

Anwendung von Statistiken dient dem Richter bei der Ermessensbetätigung im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR als allgemeine Lebenserfahrung.[16] Der Aufwand im Haushalt bspw. wird nicht proportional reduziert, wenn eine Person aus dem Haushalt ausscheidet, denn für gewisse Tätigkeiten verringert sich der Aufwand nicht oder nur anteilsmässig.[17]

Im Entscheid «Blein» hat das Bundesgericht 1982 erstmals statistische Daten zur Berechnung des Haushaltsschadens herangezogen: «In Ermangelung genauer Angaben über den einzelnen Fall, die oft nur schwer gemacht und billigerweise nicht gefordert werden können, ist soweit als möglich durch die vorhandenen Untersuchungen und Statistiken abgestützte Lebenserfahrung abzustellen.»[18]

In BGE 129 III 135 entschied das Bundesgericht 2002 feierlich, dass die SAKE-Tabellen «eine geeignete Grundlage zur Bestimmung des durchschnittlichen Aufwands der schweizerischen Bevölkerung für den Haushalt und zur Festsetzung der in jedem individuellen Fall gewidmeten Zeit unter Berücksichtigung der zeitlichen Dynamik der Haushaltsarbeit darstellt».[19] Das Bundesgericht verlautete gar, dass das Abstützen «ausschliesslich auf statistische Werte» zulässig sei.[20]

1. Das Konzept zum Modul unbezahlte Arbeit als statistischer Wert

Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) werden seit 1997 durch das Bundesamt für Statistik (BFS) mit einem ausgebauten Fragemodul alle drei bis vier Jahre die Daten zu Haus-, Familien- und Freiwilligenarbeit in der Schweiz erhoben. Erfasst werden verschiedene Typen unbezahlter Arbeit und der dafür investierte Zeitaufwand.[21]

Unbezahlte Arbeit wird definiert als produktive Arbeit, die zwar nicht entlöhnt wird, im Prinzip aber von einer fremden Person gegen Bezahlung ausgeführt werden könnte (sog. Drittpersonen-Kriterium). Darunter fallen Tätigkeiten wie Haus-

16 HERRMANN, 135; ZK-LANDOLT, N 1030 ff. zu Art. 46 OR.
17 WEBER, PSF 2019, 213; PRIBNOW/SCHMID, 72.
18 BGE 108 II 434 E. 3a.; m.w.H. WEBER/VOSS, 258.
19 BGE 129 III 135 E. 4.2.1.; m.w.H. WEBER/VOSS, 258.; kritisch PERGOLIS/BRUNNER DÜRR, 202 ff.
20 BGE 129 III 135 E. 4.2.1.; 130 III 360 E. 8.2.; so auch 132 III 321 E. 3.1. und Urteil des BGer 4C.195/2001 vom 12. März 2002 E. 5e.aa.
21 Steckbrief, Unbezahlte Arbeit, Modul der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung SAKE («Steckbrief SAKE»), <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/sake-ua.assetdetail.3042815.html>, besucht am 09.02.2021.

Vorexemplar Referenten

arbeit, Kinderbetreuung oder Freiwilligenarbeit. Tätigkeiten zum eigenen Vergnügen (Freizeit, Sport, Musik machen, Hobbies[22], Besuche im Sinne persönlicher sozialer Kontakte) oder Nutzen (Aus- und Weiterbildung, Schlafen, Essen) sind konzeptuell ausgeschlossen. Insgesamt werden 12 Tätigkeitsgruppen für Haus- und Familienarbeit abgefragt: 8 für Hausarbeiten und 4 für Betreuungsarbeiten.[23]

2. SAKE als geeignete statistische Grundlage

Im Jahre 2010 erfuhren die Erhebungen zur SAKE im Zuge des bilateralen Statistikabkommens zwischen der Schweiz und der europäischen Gemeinschaft eine Anpassung. Die Erhebungen werden seither, um saisonale Einflüsse bei gewissen Tätigkeiten (bspw. Gartenarbeiten) besser zu berücksichtigen, über alle Wochen des Jahres verteilt durchgeführt. Da die Befragungen nicht gleichmässig auf alle Wochentage anfallen, wurde mit dem sogenannten Referenztag ein Gewichtungsmodell eingebaut: Jeder Wochentag hat ein Gewicht von 1/7. Bei der Befragung werden zudem, in Einklang mit den international gebräuchlichen Zeitbudgetstudien, die Zeitanagaben zur Haus- und Familienarbeit immer in Bezug auf den Vortag (gestern) oder auf den Vor-Vortag (an Sonn- und Feiertagen finden keine Interviews statt), erhoben. So wird berücksichtigt, dass das Erinnerungsvermögen an die getätigten Haushaltsarbeiten schnell abnimmt.[24]

Heute basiert die SAKE auf einer für die Bevölkerung repräsentativen Stichprobe bei rund 120’000 Interviews pro Jahr. Von 1991 bis 2020 erfolgten die Interviews ausschliesslich telefonisch. Ab 2021 werden die Befragungen vorwiegend online durchgeführt. Die Adressen (Personen ab 15 Jahren) werden nach Zufallsprinzip aus dem Stichprobenregister des BFS gezogen. Dieses stützt sich auf die amtlichen Einwohnerregister der Kantone und Gemeinden. Bei den Interviewfragen geht es hauptsächlich um die Situation auf dem Arbeitsmarkt, die Ausbildung (inkl. Wei-

22 Vgl. Urteil des BGer 4A_463/2008 vom 20. April 2010 E. 4.8., wo die Frage betr. Gartenarbeit als zu entschädigender Haushaltsaufwand offengelassen werden konnte, mangels Nachweis der Haushaltsführung vor dem Unfall.

23 Das Konzept zum Modul Unbezahlte Arbeit 2007, die Frageformulierungen lauten: «Haben Sie gestern (vorgestern) folgende Tätigkeiten ausgeführt, wenn es auch nur 5 Minuten waren? (ja/nein)»; «Wie viel Zeit haben Sie gestern (vorgestern) dafür gebraucht (in Stunden/Minuten)?»; Jede Tätigkeit wird schliesslich einzeln gefragt «Wie viel Zeit haben Sie gestern (vorgestern) für alle Haus- und Familienarbeiten gebraucht (in Std./Min.)?» <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/sake-ua.assetdetail.180057.html>, besucht am 09.02.2021.

24 WEBER/VOSS, 260.

Vorexemplar Referenten

terbildung), die Zusammensetzung des Haushalts und um demografische Merkmale.[25] Die aktuellste Version der SAKE für unbezahlte Arbeit liegt derzeit aus dem Jahre 2016[26] vor. Frauen wenden für Haus- und Familienarbeit 28,1 Std. pro Woche auf, für bezahlte Arbeit sind es 16,6 Stunden pro Woche. Männer investieren in bezahlte Arbeit 27,3 Std. pro Woche, für Haus- und Familienarbeit setzen sie 17,9 Stunden pro Woche ein[27] – so gemäss Statistik.

In der Praxis besteht eine Vielfalt an künftigen, hypothetischen Schadenverläufen. Am 19. Personen-Schaden-Forum 2020 herrschte deshalb wohltuende Einigkeit über die Empfehlung, zur Berechnung von künftig entstehenden (Erwerbs-)Schäden Statistiken anzuwenden.[28] Es ist zuzustimmen, dass ein Schaden vor allem zu plausibilisieren und nicht nur zu substanziieren ist. Aus wissenschaftlicher Sicht gibt es keinen Anlass, die Qualität der SAKE-Daten in Frage zu stellen, und sie ist daher eine geeignete Grundlage, um den tatsächlichen Aufwand der in der Schweiz wohnhaften Bevölkerung im Haushalt in Tabellen mit Durchschnittswerten darzustellen. Der Aufwand in einem spezifizierten Haushalt kann zwar auch individuell bestimmt werden, wobei insbesondere der zeitlichen Dynamik der Haushaltsarbeit Rechnung getragen werden kann[29]; die Schadenerledigungspraxis fährt jedoch gut damit, generalisierte Zahlen zugrunde zu legen, denen nicht endlose Diskussionen vorangehen müssen. Das letzte Urteil des Bundesgerichtes[30] mit einer Tendenz dazu, wieder zu verlangen, dass ein Haushalt genaustens in die tabellarische Schematisierung passt, passt nicht in die grundsätzliche Haltung der Rechtsprechung (und auch nicht zu den Bedürfnissen der Praxis nach durchführbare Schadenerledigung), die Statistik als Ausdruck allgemeiner Lebenserfahrung entgegenzunehmen, auch wenn sie den Einzelfall nicht vollumfänglich abdeckt, weil es das Wesen der Statistik ist, für eine Vielzahl von Lebenssituationen eine geglättete relevante Aussage machen zu können, welche für sämtliche Elemente der untersuchten Gruppe Gültigkeit hat.

Infolge Veränderungen im Haushalt drängt es sich bei der Berechnung des künftigen Haushaltsschadens auf, Perioden zu bilden. Sind Kinder im Haushalt vorhanden, geht das Bundesgericht davon aus, dass das Alter von 25 Jahren eine maximale Obergrenze bildet für die Einbeziehung der Kinder in die Abschätzung der

25 SAKE in Kürze 2019, <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/sake.assetdetail.14816679.html>, besucht am 09.02.2021.

26 Vgl. BFS, Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE): Modul unbezahlte Arbeit, Neuenburg 2017.

27 Vgl. Steckbrief SAKE (Fn. 21); WEBER/VOSS, 259.

28 HERRMANN, Rückblick, 109.

29 M.w.H. PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, 24 ff.; kritisch CHAPPUIS, 286 ff.

30 Exemplarisch Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.1.3.

Vorexemplar Referenten

Haushaltsaufgaben.[31] Die konstruierte Periodenbildung beim Erwachsenwerden der Kinder im fixen Alter von 25 Jahren wundert ein wenig. Offenbar wurde eine Koordination mit den Sozialversicherungsleistungen angestrebt, wo der Anspruch gemäss Art. 25 Abs. 5 AVHG[32] ebenfalls im Alter von 25 Jahren endet. Eine haftpflichtrechtliche Begründung für das sachfremde Kriterium lässt sich nicht ausfindig machen.

B. Feststellung der Einschränkung der geschädigten Person im Haushalt

Zur Berechnung des Haushaltsschadens ist in jedem einzelnen Fall das Ausmass der medizinischen Invalidität auf die Fähigkeit des Geschädigten, Haushaltsarbeiten auszuführen, zu prüfen.[33] Es ist durchaus möglich, dass die medizinische Einschränkung, an der die geschädigte Person leidet, sie kaum in der Haushaltstätigkeit einschränkt, oder im Gegenteil, eine geringe Einschränkung grossen Einfluss auf die Haushaltsarbeit hat. Die Einschränkung in der Haushaltsführung ist also nicht deckungsgleich mit der Erwerbsunfähigkeit.[34] Wenn in der Praxis mitunter ausgehend von der Erwerbsunfähigkeit ein gewisser tiefer liegender Prozentsatz als Grad der Einschränkung im Haushalt angenommen wird (beispielsweise 70% der erwerblichen Beeinträchtigung)[35], ist dies zwar nicht exakt, aber eine praktische Faustregel.

Die Auswirkungen eines schädigenden Ereignisses auf den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, welche Tätigkeiten verletzungsbedingt nicht möglich sind, obliegt dem Arzt. Es ist jedoch die Zuständigkeit des Richters, die ärztlichen Feststellungen unter dem Aspekt der Zumutbarkeit zu würdigen.[36]

In BGE 129 III 135 standen dem Bundesgericht zur Bestimmung der Einschränkung der geschädigten Person im Haushalt mehrere Einschätzungen zur Auswahl: Eine konkrete medizinische Einschätzung, ein Wert für die medizinisch-theoreti-

Vorexemplar Referenten

31 BGE 131 III 360 E. 8.2.4.
32 SR 831.10.
33 BGE 129 III 135 E. 4.2.1.
34 PERGOLIS/BRUNNER DÜRR, 209, in der Praxis werde oft ausgehend von der Erwerbsunfähigkeit, ein gewisser tiefer liegender Prozentsatz des Grades der Erwerbsunfähigkeit angenommen. Diese Vorgehensweise ist abzulehnen.
35 PRIBNOW, Bestimmung Haushaltsschaden, 31.
36 Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.5.3.

sche Invalidität und ein Ergebnis einer ergotherapeutischen Expertise. Das Bundesgericht entschied sich für die ergotherapeutische Expertise, weil diese der funktionalen Einschränkung der verletzten Person am ehesten gerecht werden könne. Dies hat dazu geführt, dass die Praxis nach Wegen gesucht hat, von der medizinischen Abklärung zu einer funktionsorientierten zu gelangen, und zwischenzeitlich haben Institute spezifische Abklärungsmethoden entwickelt, um über die medizinische Abklärung hinaus weitergehende Aussagen machen zu können.[37] Das Bundesgericht hat keine Folgeurteile zur Abklärungsmethode zu fällen gehabt; im Urteil 4A_98/2008 vom 8.5.2008 hat das Bundesgericht dann (wieder) ohne Weiteres auf die Einschätzung des medizinischen Experten abgestellt.[38]

1. Medizinische Gutachten

Das Bundesgericht stellt im Urteil 4A_98/2008 klar, dass es nicht praktikabel sei, systematisch alle vom Geschädigten ausgeführten Hausarbeiten aufzulisten und für jede dieser Aufgaben festzustellen, inwieweit ihre Ausführung tatsächlich behindert wird. Wird zur Einschätzung der Arbeitsfähigkeit im Haushaltsbereich ein medizinisches Gutachten gewählt, sind die Anforderungen aufgrund der Substanziierungs- und Darlegungslast nicht unbeachtlich. Das medizinische Gutachten muss ausdrücklich auf die Behinderung der geschädigten Person Bezug nehmen und aufzeigen, bei welcher Art von Haushaltsarbeit eine Einschränkung besteht. Die medizinische Einschätzung muss mithin nachvollziehbar sein und nicht bloss mit pauschalen Werten hantieren.[39]

Vorexemplar Referenten

37 M.w.H. PRIBNOW, ars abstracta, 242, in der Praxis sind folgend zunehmend spezifische Abklärungen angeordnet worden, sei es im ergotherapeutischen Sinne oder aber in Form einer Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit, deren Validität für die Bestimmung der Haushaltseinschränkung nicht unumstritten ist; MORENO, 271 ff., ist der Ansicht, dass ergonomische Settings eher selten angeordnet werden und auch nicht praktikabel sind. Der Autor schlägt Faustregeln vor, um anhand der Einschränkung im Erwerb auf den Haushalt zu schliessen.

38 Urteil des BGer 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 3.2.

39 Urteil des BGer 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 3.2.3.; m.w.H. PRIBNOW, ars abstracta, 243, nennt die Wichtigkeit, einen entsprechenden Fragekatalog für die Begutachtung auszuarbeiten, nicht jedes Gutachten erfülle diese Anforderungen. m.w.H. HERRMANN, 151 ff. mit Hinweis auf Studien, welche die Mangelhaftigkeit medizinischer Gutachten aufzeigen. Als Begründung sieht er die fehlende Kenntnis des Gutachters hinsichtlich des konkret massgebenden Arbeitsplatzes (Haushalt) und in der pauschalen Frage/Forderung nach einem Prozentwert der Arbeitsunfähigkeit (Haushalt). Im Grundsatz seien weder Mediziner noch Rechtsanwender geeignet, diese Fragen zu beantworten.

2. EFL und Haushaltassessment

Die Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) ist ein in der Schweiz anerkanntes Assessmentsystem zur Beurteilung der arbeitsbezogenen physischen Belastbarkeit. Es beinhaltet ein Set von arbeitsnahen physischen Tests, wie beispielsweise Heben von Lasten, sowie eine standardisierte Befragung zu den Symptomen, zur Selbstbeurteilung der eigenen Leistungsfähigkeit und zur bisherigen Arbeit.[40] Das Haushaltassessment ist eine EFL mit haushaltspezifischen Testitems. Das Ziel einer solchen Evaluation ist es, die physische Belastbarkeit in Bezug auf häufige im Alltag verrichtete Aufgaben möglichst unabhängig von der Selbstbeurteilung des Patienten bestimmen zu können.[41]

In der Lehre wird die EFL nicht als «Allerheilmittel»[42] oder «Ei des Kolumbus»[43] betitelt. Bei bestimmten Beschwerdebildern, insbesondere psychischen Beeinträchtigungen, stösst das Abklärungsmittel an seine Grenzen und ist für sich alleine kaum ausreichend beweistauglich. Die EFL erfolgt in einer Laborsituation, welche der realen Arbeitssituation nicht gerecht wird. Langzeitbelastungen und Qualitätseinbussen sowie eine allfällige Doppelbelastung von Beruf und Haushalt werden nicht erfasst.[44] Eine EFL kann darum als Zusatzinformation für die medizinische Einschätzung durchaus nützlich sein; für sich alleine ist sie jedoch nicht tauglich, abschliessende Aussagen über die Einschränkung der geschädigten Person im Haushalt zu liefern.

3. Haushaltsabklärung in der IV

Im Bereich der Invalidenversicherung wird bei Nicht- oder Teilerwerbstätigen zur Feststellung der Einschränkung, Hausarbeit zu verrichten ein sog. Betätigungsvergleich vorgenommen. Mittels einer Haushaltsabklärung vor Ort wird evaluiert, in welchem Masse die versicherte Person verhindert ist, sich im sog. Aufgabenbereich zu betätigen. Der Aufgabenbereich umfasst schematisierte, vorgegebene Tätigkeitskategorien.[45] Gemäss Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) umfassen die Aufgaben der im Haushalt tätigen

40 <www.sar-reha.ch/interessengemeinschaften/ig-ergonomie/efl.html>, besucht am 09.02.2021.

41 KAUFMANN/ESCHMANN/HAFEN, 16 ff. mit kritischem Blick auf die Anwendung von EFL zur Bestimmung der Einschränkung im Haushalt und dem Hinweis auf die vom Schweizerischen Versicherungsverbandes kursierenden Empfehlung zur Vornahme der Testung und einhergehender Reduktion des Haushaltschadens von rund 1/3 bis 1/5 des vorgeschlagenen Prozentwertes.

42 HERRMANN, 162.

43 KAUFMANN/ESCHMANN/HAFEN, 13 ff.

44 HERRMANN, 163.

45 KAUFMANN/ESCHMANN/HAFEN, 14.

Vorexemplar Referenten

gesunden Person fünf Tätigkeitskategorien, die mit Gewichtung zu versehen sind. Diese Aufgabenteilung bildet die Regel und die Festlegung des Maximums der einzelnen Aufgaben ist grundsätzlich anzuwenden, nur bei ganz erheblichen Abweichungen darf eine andere Gewichtung vorgenommen werden.[46] Die Schematisierung des Betätigungsvergleichs rührt aus einer «sachgemässen Abwägung der aus Gesetzmässigkeit und Rechtsgleichheit sich ergebenden Erfordernisse einerseits sowie der Notwendigkeit verwaltungsmässiger Praktikabilität andererseits» her.[47]

Die Beurteilung in der Haushaltsabklärung der Invalidenversicherung kann darum zwar einen Anhaltspunkt zur Bestimmung des Invaliditätsgrades liefern, die eigenständige haftpflichtrechtliche Einschätzung hingegen nicht generell ersetzen.[48] Dies gilt insbesondere unter dem Aspekt der Schadenminderungspflicht, wo die Pflichten der Angehörigen gegenüber der Allgemeinheit (repräsentiert durch die gesetzlichen Sozialversicherungen) weiter gehen als gegenüber einem haftpflichtigen Dritten, der den Schaden verursacht hat (weswegen die Beeinträchtigungen in der Invalidenversicherung oftmals erstaunlich tief eingeschätzt werden). Als Beweis, dass Beeinträchtigungen im Haushalt bestehen, ist die Haushaltsabklärung der Invalidenversicherung jedoch durchaus tauglich und zu beachten.[49]

C. Ersatzlohn

Die geschädigte Person ist nicht verpflichtet, im privaten Rahmen eines Haushaltes eine Ersatzkraft beizuziehen und oftmals wird die Beeinträchtigung durch unentgeltlichen Mehraufwand, sei es durch die geschädigte Person selbst oder Angehörige, ausgeglichen.[50] Es stellt sich also die Frage, wie ein rein hypothetischer Lohn festzusetzen ist.

In BGE 108 II 434[51] hielt das Bundesgericht fest, dass bei der Festsetzung des Wertes der Haushaltsarbeit als Referenz auf den Lohn einer Stundenfrau oder einer Haushälterin zum Zeitpunkt des Todes einer Hausfrau abgestellt werden kann.

46 Kreisschreiben über Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), Version 18, Stand 1. Januar 2021, Rz. 3087 f.

47 ZAK 1986, 232.

48 FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1983.

49 Gl.M. HERRMANN, 169.

50 ZK-LANDOLT, N 910 zu Art. 46 OR.

51 Der Stundenansatz einer Hausfrau oder Haushälterin in Höhe von CHF 10–12 pro Stunde erachtete das Gericht als zu tief und erhöhte mit Qualitätszuschlag auf einen Stundenlohn von CHF 15.

Vorexemplar Referenten

Dieser Lohn sei um einen bestimmten Betrag zu erhöhen, um der Qualität der Arbeit einer Ehefrau und Mutter Rechnung zu tragen. Eine Hausfrau bringe bei weitem mehr Initiative, Entschlusskraft, Aufmerksamkeit und Disponibilität als eine auswärtige Hilfskraft und werte ihre Arbeit erheblich auf. In BGE 129 II 145 prüfte das Bundesgericht die bis anhin verwendeten Stundenansätze sowie die dazugehörigen Lehrmeinungen und kam zum Schluss, dass der von der Vorinstanz angenommene Betrag von CHF 25 eher im unteren Bereich liege, angesichts des grossen Ermessenspielraums, der dem Gericht zustehe, aber vertretbar sei. Die Begründung des qualitativen Mehrwertes wurde in der Lehre zu Recht kritisiert.[52] Das Bundesgericht liess die Frage des zu gewährenden Qualitätszuschlages in BGE 131 III 360 offen, in dem es befand, dass der von der Vorinstanz angenommene Stundenlohn von CHF 30 pro Stunde im Rahmen des richterlichen Ermessens liege. Aus dem Fakt, dass die Geschädigte bereits selbst als Reinigungsfachkraft zu einem tieferen Lohn gearbeitet hatte, könne nichts abgeleitet werden, da die Haushaltstätigkeit verschiedene Tätigkeiten enthalte, die nicht mit einer Reinigungsfachkraft gleichzusetzen seien. In BGE 132 III 321 urteilte das Bundesgericht, dass sich die Frage des Qualitätszuschlages nicht stelle, da die kantonalen Gerichte ohnehin nicht mit einem solchen, sondern nach dem so genannten Spezialistenansatz gerechnet hätten. Damit verpasste es das Bundesgericht, die Frage des ominösen Qualitätszuschlages einer Hausfrau und Mutter zu berichtigen und einen Paradigmenwechsel vorzunehmen.

Uneinig ist man sich ebenfalls bei der Frage, ob die Berechnung des Stundensatzes auf Basis des Bruttobruttolohns (inkl. Arbeitgeberbeiträge) oder Nettolohnes gerechnet werden soll. Das Bundesgericht kam ausgehend von der Substitutionstheorie zum Schluss, dass vom Bruttolohn auszugehen sei. Kritisiert wird vor allem, dass dies der Tatsache widerspreche, dass oftmals keine Ersatzkraft angestellt würde und damit auch keine Arbeitgeberbeiträge geschuldet seien sowie, dass bei tatsächlicher Anstellung der Schaden konkret zu berechnen wäre.[53] Da der normativen Berechnung des Haushaltsschadens die allenfalls fiktive Berechnung mit einer Anstellung einer Hilfskraft zugrunde liegt, sollte für die Bestimmung des Haushaltsschadens auf das Lohnkonzept «Bruttobrutto-bezahlt» abgestellt werden. Liegt eine Einschränkung in der Hausarbeit vor, sollte die Entschädigung

Vorexemplar Referenten

52 Vgl. zum Ganzen WEBER/VOSS, 265.

53 Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 200 E. 6b.aa.; m.w.H. GÄHWILER, N 85 zu Art. 46 OR.

nach den Ansätzen für die entsprechenden Fachkräfte erfolgen; bei einer Einschränkung in der Kinderbetreuung sollte der Lohnansatz für Kindermädchen/Erzieherinnen zur Anwendung gelangen.[54]

In der praktischen Schadenerledigung wird diese Diskussion regelmässig dadurch umgangen, dass nicht (individuell bestimmte) Ersatzlöhne zugrunde gelegt werden, sondern pauschale Ansätze, die sich an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung orientieren. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Stundenansatz nicht nur auf einer konkreten Tatsachenbehauptung beruhen kann, sondern auch durch Berufung auf die Rechtsprechung und damit gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung festgelegt werden kann (beispielsweise mit CHF 30 für Genf und den Arc lémanique im Jahre 2008).[55] Die vom Gericht nach Ermessen vorgenommene Pauschalisierung enthebt auch von der Beantwortung der Frage, wie die Dynamisierung für den aufgelaufenen Schaden vorzunehmen ist.[56]

Der bis zum Rechnungstag angelaufene Haushaltsschaden ist an die Nominallohnentwicklung anzupassen, d.h. inklusive Teuerung zu berechnen.[57] Bei der Berechnung des künftigen Haushaltsschadens ist zudem von einem leicht erhöhten Stundensatz auszugehen, um einer Reallohnsteigerung Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht beanstandete bei der abstrakten Berechnung des Haushaltsschadens eine Reallohnsteigerung von 1% pro Jahr nicht, die, so gemäss Bundesgericht, bis zum ordentlichen Pensionierungsalter zu berücksichtigen sei.[58]

Der zukünftige Haushaltsschaden ist seit BGE 129 III 135 ausschliesslich mit Hilfe der Aktivitätstafeln zu kapitalisieren. Im Kapitalisierungszinsfuss von 3.5% ist die künftige Teuerung enthalten, wird sie nicht mehr eingerechnet, ist die mutmassliche Nominallohnentwicklung zu berücksichtigen.[59]

Bei der Berechnung des Haushaltsschadens ist auf der Basis einer Beschäftigungszeit von 52 Wochen pro Jahr zu rechnen, ein Abzug für Ferien ist nicht zu tätigen.[60]

Vorexemplar Referenten

54 PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, 36.
55 Urteil des BGer 4A_19/2008 vom 1. April 2008 E. 3.4.
56 Urteil des BGer 4A_200/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.1.2.
57 GÄHWILER, N 86 zu Art. 46 OR.
58 BGE 132 III 321 E. 3 (insbesondere 3.7.2.3.); m.w.H. SCHAETZLE/WEBER, Rz. 3.465 und 4.41.
59 GÄHWILER, N 86 zu Art. 46 OR.
60 Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 («Kramis») E. 6 f.

V. Abstrakt vs. konkret

Der Haushaltsschaden kann gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung entweder konkret nach der effektiven Vermögenseinbusse (im Sinne der Differenztheorie) oder abstrakt (normativ) berechnet werden.[61] Der Richter kann dabei grundsätzlich wählen, ob er die abstrakte oder die konkrete Methode anwenden will.[62] Das Wahlrecht liegt gleichermassen bei der geschädigten Person[63], die im Prozess durch ihre Behauptungen die Methode vorgeben kann[64].

Die «abstrakte» Berechnungsmethode bedeutet nicht eine von den konkreten Verhältnissen völlig losgelöste Berechnung.[65] KISSLING stellt den bundesgerichtlichen Lösungsansatz der Methodenwahl sowohl in Bezug auf einen konkret-subjektiven Interessensbegriff (der auf die Auswirkungen im Gesamtvermögen des Geschädigten abstellt) als auch gemessen an einem konsequent objektiv-abstrakten Schadensbegriff (der an die verletze Person anknüpft) als eine Art Zwischenform dar.[66]

Wie weit die Berechnung auf Erfahrungswerten (die in den Statistiken abgebildet werden) und wie weit sie auf konkreten Abklärungen zur individuellen Situation der geschädigten Person beruhen soll, ist vom Bundesgericht nicht abschliessend beantwortet. Die Rechtsprechung zeigt verschiedene Facetten.

Ausgehend von der Überlegung, die geschädigte Person wäre berechtigt, eine Ersatzkraft einzustellen und die dadurch entstandenen bzw. künftigen entstehenden Auslagen als Schaden geltend zu machen, nimmt das Bundesgericht in BGE 127 III 403 eine unabhängig von den konkreten Mehrkosten vorzunehmende, beispielhaft abstrakte Schadensermittlung vor. Die Kosten, die eine Ersatzkraft verursachen würde, sind dabei als Ausgangspunkt zu verstehen. Die geschädigte Person könnte jederzeit beschliessen, eine Ersatzkraft einzustellen, um die Unzulänglichkeiten auszugleichen. Sie müsste dann neben dem an ihren Mitarbeiter zu zahlenden Lohn auch die Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungsträger leisten (sog. Substitutionstheorie).[67]

Vorexemplar Referenten

61 Statt vieler BGE 132 III 321 E. 3.1.
62 GÄHWILER, N 82 zu Art. 46 OR.
63 HERRMANN, 137 ff., erläutert die prozessualen Konsequenzen einer solchen Wahl.
64 Urteil des BGer 2C_194/2013 vom 21. August 2013 E. 3.1.
65 GÄHWILER, N 75 zu Art. 46 OR.
66 KISSLING, 24 f.
67 GÄHWILER, N 76 zu Art. 46 OR; kritisch CHAPPUIS, 287.

Im Fall Kramis[68] beurteilte das Bundesgericht, dass die Vorinstanz zurecht angenommen habe, die Mutter der Geschädigten könne noch bis zum 70. Altersjahr die Pflege übernehmen, danach komme nur noch ein Heimeintritt in Frage und der zusätzliche unfallbedingte Ausfall der Fähigkeit zur Hausarbeit als Ersatz falle dahin. Frau Kramis hatte im Alter von 19 Jahren einen schweren Verkehrsunfall erlitten und wohnte nach dem Unfall bei ihrer Mutter, die sie gepflegt und betreut hat. Damit zeigte das Bundesgericht - bei konsequenter Anwendung von damnum emergens -, dass kein entschädigungspflichtiger Haushaltsschaden vorliegt, sofern die geschädigte Person nach dem Unfall keinen Haushalt mehr führt. Erfolgt eine Veränderung nach dem Unfall tatsächlich, ist diese bei der Schadensberechnung als konkreter Invalidenverlauf zu berücksichtigen. Der fiktive Invalidenverlauf ist für die Berechnung des Haushaltsschadens nicht massgebend, selbst wenn dieser als bewiesen betrachtet werden kann.[69]

In BGE 129 III 135 führt das Bundesgericht aus, dass das Sachgericht den für die Erledigung des Haushalts erforderlichen Aufwand entweder ausschliesslich gestützt auf statistische Daten festlegen oder konkret ermitteln kann. Im ersten Fall wendet das Gericht die allgemeine Lebenserfahrung an, die im Berufungsverfahren als Rechtsfrage frei überprüft werden kann. Wohlwissend um die Ermessensbetätigung hat das Bundesgericht jedoch nur mit Zurückhaltung zu intervenieren. Im zweiten Fall wird die konkrete Situation im Einzelfall untersucht. Selbst wenn Statistiken herangezogen werden, um bspw. die Zeit, die im betreffenden Haushalt für Hausarbeiten tatsächlich aufgewendet wird, zu ermitteln, sind diese Tatsachenfeststellungen vom Bundesgericht nur beschränkt überprüfbar. Zu den Kriterien, um den konkreten Haushaltsaufwand zu bemessen, gehört die Haushaltsstruktur, insbesondere die Anzahl Personen im Haushalt. Auch berücksichtigt werden können die räumliche Grösse des Haushaltes, eine mögliche Erwerbstätigkeit, welche die geschädigte Person ausübt, die berufliche Situation der Haushaltsmitglieder oder die Nähe zu Einkaufsmöglichkeiten. Die periodisch vom Bundesamt für Statistik durchgeführte Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) bieten eine geeignete Grundlage, um den durchschnittlichen tatsächlichen Zeitaufwand der Schweizer Bevölkerung für Haushaltstätigkeiten zu ermitteln und den Zeitaufwand im Einzelfall unter Berücksichtigung der zeitlichen Dynamik der Haushalts-

Vorexemplar Referenten

68 Urteil des BGer 4C. 276/2001 vom 26. März 2002 E. 4 f.

69 MORENO, 273, zu den Folgen einer möglichen Doppelentschädigung von Haushalt und Erwerb; kritisch, FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1945, befinde sich die geschädigte Person selbst in einem Heim, sei der Haushaltsschaden insoweit zu entschädigen, als das ohne das schädigende Ereignis Haushaltsarbeiten zugunsten von Angehörigen erbracht worden wäre.

arbeit zu bestimmen. Die von der Vorinstanz angenommenen 60 Stunden pro Monat Hausarbeit korrigierte das Bundesgericht auf 91 Stunden pro Woche mit dem Vermerk, dass das Bundesgericht den sich höher ergebenden Wert bei der Berechnung berücksichtigen kann, unabhängig davon, dass dieser höher ausfällt als die vorgetragenen Zahlen. Es handle sich nicht um die Feststellung von Tatsachen, sondern um die Anwendung einer Erfahrungsregel oder, mit anderen Worten, um eine Rechtsfrage. Darüber hinaus sollte eine Aufteilung dieser Werte nach Veränderungen in der Haushaltsstruktur vorgenommen werden, bedingt durch den Eintritt der Tochter des Ehepaares in die Schule und ihren anschliessenden Auszug aus dem Familienhaus bei absehbarem Ende des Studiums.[70]

In diesem Sinne entschied das Bundesgericht ohne Weiteres auch in BGE 131 II 12, 131 II 656 und 132 III 321.

Nach der abstrakten Berechnungsmethode ist der Wert der verunmöglichten Arbeit unter Berücksichtigung des Grades der Arbeitsunfähigkeit, des Zeitaufwands für den Haushalt und des Werts der Arbeitsstunden im Haushalt zu schätzen.[71] Es wird also der Stundenaufwand, welcher der Einbusse der Arbeitsfähigkeit entspricht, herangezogen und anhand eines zu ermittelnden Stundensatzes monetär bewertet. Die Berechnung gilt als konkret, wenn der zuständige Richter statistische Angaben zur Hilfe nimmt, um in tatsächlicher Hinsicht festzulegen, welche Zeit eine bestimmte im betreffenden Haushalt ausgeführte Tätigkeit beansprucht.[72] Korrekterweise müsste dies als eine Zwischenform zwischen abstrakt und konkreter Berechnung betrachtet werden. Die konkrete Methode ist wiederum heranzuziehen, wenn die Statistiken keine Angaben zum Haushaltsführungsaufwand des mutmasslichen Validenhaushalts enthalten. Die Berechnung des Stundenaufwandes hat dann anhand anderer Hilfsmittel bspw. eines individuellen Gutachtens zu erfolgen.[73]

Im Urteil 4C_166/2006 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass SAKE-Statistiken keine Normhypothesen seien und vom Sachrichter nicht unbesehen übernommen werden könnten.

Auch bei der abstrakten Berechnungsmethode müsse sich der konkrete Haushalt in den statistischen Werten wiederfinden oder Rückschlüsse auf den konkreten Haushalt zulassen. Der Haushalt des Klägers finde sich nicht in der SAKE-Tabelle

70 Vgl. BGE 129 III 135.
71 BGE 131 II 656 E. 6.4.; Urteil des BGer 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 2.2.
72 BGE 131 III 360 E. 8.2.1.
73 M.w.H. ZK-LANDOLT, N 1019 ff. zu Art. 46 OR.

Vorexemplar Referenten

wieder, die auf einen Einpersonenhaushalt zugeschnitten und deshalb richtigerweise von der Vorinstanz nicht angewendet worden sei.

Im Urteil 4A_481/2019 nimmt das Bundesgericht die Erwägungen seines Urteils 4C_166/2006 wieder auf und erklärt, wenn sich die geschädigte Person auf statistische Werte berufe, habe sie ihren Haushalt und die Rolle, die sie darin spielt, mindestens so genau zu umschreiben, dass beurteilt werden könne, ob die betreffende Statistik auf Erhebungen von Haushalten beruhe, die nach ihren Eckdaten jenem der geschädigten Person entsprechen oder inwiefern die Statistik Rückschlüsse auf die Situation der geschädigten Person zulasse. Durch die mangelnde Substanziierung habe nicht nur nicht geprüft werden können, ob der konkrete Haushalt mit einem Referenzhaushalt gemäss SAKE-Tabelle übereinstimme, sondern auch nicht, ob anhand der konkreten Umstände ein Abweichen von den statistischen Werten gerechtfertigt gewesen wäre. Die Vorinstanz habe zu Recht erwogen, dass bei einem gemeinsamen Haushalt von Mutter und volljähriger Tochter eine Form des Zusammenlebens vorliege, die von den SAKE-Tabellen nicht erfasst werde und die abstrakte Methode damit von vornherein ausscheide. Es bleibe daher nur die konkrete Methode, zu deren Berechnung die Beschwerdeführerin, so das Bundesgericht, nicht hinreichende Behauptungen gemacht hätte. Explizit weist das Bundesgericht denn darauf hin, dass die Beschwerdeführerin sich nichts daraus ableiten könne, dass in den Urteilen 4A_19/2008, 4A_98/2008 und 4A_430/2019 festgehalten wurde, dass keine systematische Liste aufgestellt werden müsse, welche Arbeiten die geschädigte Person im Haushalt ausübe, da dies nicht bedeute, dass eine Einschränkung im Haushalt nicht so konkret wie möglich zu bemessen wäre.

Dieses Urteil ist nicht einfach einzuordnen. In seinem Urteil 4A_98/2008 E. 3.2 hatte das Bundesgericht entschieden, dass der Richter auf die SAKE-Tabellen abstellen könne, wenn diejenigen Umstände bekannt seien, die es ihm erlauben, die Anwendbarkeit der Statistik festzustellen, ohne dass die geschädigte Person nähere Behauptungen zu ihrer Lebenssituation und Haushaltsführung aufstellen müsse; eine systematische Liste, welche Arbeiten die geschädigte Person im Haushalt ausübe, einschliesslich einer Darlegung, in welchem genauen Ausmass eine Beeinträchtigung gegeben sei, sei einerseits kaum praktikabel und sei andererseits nicht vereinbar mit der Festlegung des Stundenaufwandes nach Tabellenwerten in der abstrakten Methode. Auf den ersten Blick scheinen die jetzigen Erwägungen des Bundesgerichtes hierzu im Widerspruch zu stehen. Tatsächlich aber geht es dem Bundesgericht darum, dass die geschädigte Person dem Richter aufzeigt, dass ein von den SAKE-Tabellen erfasster Haushalt vorliegt (was im Haushalt einer Frau, die mit ihrer erwachsenen Tochter zusammenlebt, nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht der Fall ist) und dass in diesem Haushalt tatsächlich auch Arbeit

Vorexemplar Referenten

geleistet worden ist (gemäss 4C.166/2006 E. 5.2, welche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Tabellen insofern allerdings unzutreffend ist, als die Statistik ja auch all diejenigen Personen mit abbildet, welche befragt worden sind und angegeben haben, keine Haushaltsarbeiten zu übernehmen). Dass eine systematische Darstellung der Haushalttätigkeit mit den jeweiligen Einschränkungen nicht praktikabel ist, steht auch künftig ausser Frage, wenn nicht eine Rückkehr zu Hausbesuchen von Versicherer und Rechtsvertretung mit eingehenden Befragungen und Hausbesichtigungen und im Anschluss daran tagelangen gerichtlichen Befragungen von betroffenen Personen, Angehörigen und Nachbarn gewünscht wird.

Warum der Haushalt einer Mutter mit ihrer erwachsenen Tochter nicht von den SAKE-Tabellen erfasst ist, erklärt das Bundesgericht nicht. Es handelt sich um einen Haushalt von zwei erwachsenen Personen, und die Tabellen differenzieren weder nach einem Altersunterschied noch nach dem Geschlecht, wenn es darum geht, ob es sich um einen «Paarhaushalt» handelt. «Paarhaushalt» bedeutet nichts anderes, als dass zwei erwachsene Personen zusammenleben, und die Anwendung der Tabellen ist weder deswegen ausgeschlossen, weil ein grosser Altersunterschied besteht (wie den Tabellen die Anwendungen nicht versagt würde, wenn ein Ehegatte mehr als 20 Jahre älter ist als der andere), noch deswegen, dass zwei Personen gleichen Geschlechtes zusammenwohnen. Die SAKE-Tabellen sind auch ausserhalb klassischer Familienmodelle anwendbar.

VI. Beweislast und Kognition

Die geschädigte Person hat den Schaden, d.h. die Verletzung, die Invalidität und die Schadenshöhe im Sinne der allgemeinen Beweislastregel nach Art. 8 ZGB zu beweisen.

Die Anerkennung des Haushaltsschadens als normativen Schaden hat Einfluss auf den Schadensbeweis. Auf den genauen Beweis der Einbusse im Haushalt wird im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR verzichtet und von einem pauschalisierten, fiktiven Haushaltshilfeeinkommen ausgegangen.[74] Eine abstrakte Schadensberechnung

[74] BK-BREHM, N 6b zu Art. 42 OR; differenziert CHAPPUIS, 285, sieht die in BGE 129 III 152 enthaltenen Hinweise als Möglichkeit des Richters, die konkrete Methode i.S.v. Art. 42 Abs. 1 OR oder die abstrakte Methode i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR anzuwenden. Art. 42 Abs. 2 OR komme nur zur Anwendung, wenn der bisherige Aufwand im Haushalt nicht nachgewiesen werden kann oder der Nachweis billigerweise nicht gefordert werden kann. Der Beweis könne durchaus bspw. durch eine Haushaltsinspektion erbracht werden.

Vorexemplar Referenten

entbindet die geschädigte Person jedoch nicht von der Beweis- und Substanziierungspflicht. Sie hat konkrete Angaben über den Haushalt und die ihr im Haushalt anfallenden Aufgaben zu machen, sodass der Sachrichter beurteilen kann, ob die betreffende Statistik auf Erhebungen von Haushalten beruht, die nach ihren Eckdaten jenem der geschädigten Person entsprechen und Rückschlüsse auf deren Situation zulässt.[75]

Das Bundesgericht zeigt sich bei den Anforderungen an den Beweis und die Substanziierung mit strenger Tendenz, im schlimmsten Fall droht die Klageabweisung.[76] Die geschädigte Person hat, so das Bundesgericht, in den Urteilen 4C.166/2006 und 4A_259/2012 und neustens in 4A_481/2019, konkret darzulegen, dass sie ohne Unfall überhaupt eine Haushaltstätigkeit ausgeübt hätte, wie der Haushalt ausgestaltet ist und was die Aufgaben sind, die ihr ohne Unfall zugefallen wären. Erst wenn feststeht, inwiefern durch den Unfall eine Beeinträchtigung in diesen Leistungen für den konkreten Haushalt tatsächlich besteht, stellt sich die Frage der Quantifizierung und es kann auf statistische Werte zurückgegriffen werden. Erfüllen die Statistiken diese Voraussetzungen nicht, taugen sie nicht als Grundlage zur Berechnung des Stundenaufwandes und andere Hilfsmittel sind beizuziehen.[77] HERRMANN[78] kritisiert zu Recht die beiden Urteile des Bundesgerichts. Die Auffassung des Bundesgerichts widerspricht den ursprünglichen Ausführungen zum Haushaltsschaden im Entscheid «Blein» in BGE 108 II 434, aber auch dem Urteil 4A_98/2008 und 4A_430/2019, wonach der geführte Haushalt und die darin getätigten Hausarbeiten gerade eben nicht im Detail darzulegen sind und stattdessen billigerweise auf Statistiken abgestellt werden kann. Als notorisch sollte gelten, dass jede Person «wohnt» und Personen, die keinerlei Haushalt führen und dies auch nie tun werden, die Ausnahme bilden. Damit wird nicht die Frage wie, sondern ob beantwortet. Den Ausführungen in BGE 108 II 434 ist Folge zu leisten und für das tatsächliche Erbringen der künftigen Haushaltstätigkeiten das blosse Glaubhaftmachen genügen zu lassen.

Vorexemplar Referenten

75 Urteil des BGer 37/2011 vom 27. April 2011 E. 6.2.1.

76 Urteil des BGer 4A_405/2010 vom 21. Oktober 2010 E. 4.1.1., wo ausgeführt wird, dass die Beschwerde auch abzuweisen wäre, wenn der Beschwerdeführer nachweislich Hausarbeiten verrichtete hätte, stellt er die Berechnung auf die SAKE-Tabelle Nr. 2 für einen Zweipersonenhaushalt ab, ohne substanziiert dazulegen, welche Aufgaben ihm im gemeinsamen Haushalt mit seiner Mutter angefallen wäre. Nach der Rechtsprechung i.S.v. Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 wäre die SAKE-Tabelle wohl gar nicht anwendbar, da der Haushalt als nicht repräsentativ gilt.

77 Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 5.1 f.; so auch 4A_259/2012 vom 13. September 2012 E. 3.1.2.

78 HERRMANN, 138 f.

Als Mindestvorbringen, damit die SAKE-Tabellen zur Anwendung kommen, sind deren massgebende Parameter, wie Alter und Erwerbsstatus der geschädigten Person, Grösse des Haushalts, der sich durch Anzahl Haushaltsmitglieder und deren Alter bestimmt, vorzubringen und als Eckdaten zu substanziieren und beweisen.[79]

Wählt der Richter zur Bemessung des im Grundsatz feststehenden Haushaltsschadens die abstrakte Methode und stützt er sich ausschliesslich auf statistische Daten, hat er zumindest zu erläutern, inwiefern diese Daten mit dem konkret zu beurteilenden Fall übereinstimmen.[80] Soweit so gut. Die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts in 4C.166/2006, 4A_98/2008 und 4A_481/2019 zur anzuwendenden Methodik, nach der der Richter für sachfremde Kriterien pauschale Abzüge vornehmen soll, ist jedoch abzulehnen, weil sie nicht nur die Methodenwahl verkennt, sondern auch statistische Daten willkürlich verfälscht. In diesem Sinne entschied das Bundesgericht noch im Urteil 4A_430/2019. Der geschädigten Person wurde in den kantonalen Entscheiden unter Anwendung der SAKE-Tabellen in abstrakter Methodik ein Haushaltsschaden zugesprochen. Die Beschwerdeführerin beanstandete vor Bundesgericht die Eignung der SAKE-Tabellen in diesem Einzelfall. Die geschädigte Person habe das Einkommen in einem 70-Stunden-Pensum erzielt und demzufolge weniger Zeit in den Haushalt investiert als eine Person mit einer «normalen» Vollzeitstelle. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die pauschale Tatsachenbehauptung in den Feststellungen des angefochtenen Entscheides keine Stütze findet. Zudem könne aus der hohen Arbeitsbelastung als selbständige Bar-Betreiberin nicht geschlossen werden, dass sie deshalb weniger Zeit in den Haushalt investiert hätte als eine Person mit einem «normalen» Teilzeitpensum. Das Abstellen auf Statistiken habe zur Folge, dass ein «Soll», nicht ein «Ist» abgegolten wird. Methodisch sei es falsch, die Werte über die statistisch erfassten Eckdaten hinaus anzupassen.

Ob und welcher Schaden eingetreten ist, sind Tatfragen, die Festsetzung des Schadens, d.h. wie die Schadensberechnung vorzunehmen ist, ist Ermessensfrage und somit im Berufungsverfahren nur beschränkt überprüfbar. Ob die Richter bei der Schadensberechnung von den richtigen Voraussetzungen ausgegangen sind, ist eine auch im Berufungsverfahren frei überprüfbare Rechtsfrage.[81] In BGE 129 III 135 legt das Bundesgericht grundsätzlich fest, dass bei Anwendung der abstrakten

Vorexemplar Referenten

79 Zustimmend HERRMANN, 140 f., der diese Auflistung als abschliessend und ausschliesslich erachtet; ZK-LANDOLT, N 1004 ff. zu Art. 46 OR.

80 Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 5.2.; 4A_259/2012 vom 13. September 2012 E. 3.1.2. und 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.4.2.

81 BK-BREHM, N 5 f. zu Art. 42 OR.

Methode der Richter gestützt auf statistische Werte die allgemeine Lebenserfahrung anwendet und das Bundesgericht wohlwissend nur mit Zurückhaltung zu intervenieren hat. Untersucht der Richter die konkrete Situation im Einzelfall selbst unter Zuhilfenahme von statistischen Werten, handelt es sich um Tatsachenfeststellungen, die vom Bundesgericht nur beschränkt überprüft werden können.[82]

VII. Die Pflicht zur Schadenminderung

Das Bundesgericht hält in BGE 127 III 403 fest, dass sich aus der abstrakten Berechnung des Haushaltsschadens und der Entschädigung aus der durch den Entzug aus familienrechtlicher Beitragsleistungen reflexweise geschädigten Personen ergibt, dass vom Ehepartner nicht verlangt werden kann, zur Schadenminderung vermehrt zu Haushaltsarbeiten beizutragen.

Die Beklagte verkenne dies mit der Ansicht, bei der Berechnung des Schadens aus Haushaltsführung sei die vermehrte Mitarbeit des Ehepartners schadenmindernd zu berücksichtigen. Eine auf schadensfremden Gründen beruhenden Veränderung der Aufgabenteilung gemäss Art. 163 Abs. 2 und 3 ZGB wäre wiederum durchaus beachtlich.

Im Urteil 4A_481/2019 schützt das Bundesgericht die vorinstanzlichen Erwägungen, in dem es ausführt, dass in einem Haushalt verschiedene Aufgabenteilungen möglich seien und die geschädigte Person eine Schadenminderungspflicht habe. Zumutbare Organisationsmassnahme im Rahmen der Schadenminderung sei auch die zweckmässige Arbeitsteilung im Rahmen der Ohnehinhilfe der Angehörigen und die Anschaffung von geeigneten Haushaltseinrichtungen und Geräten. Das Bundesgericht lässt die Frage aber dann mangels substanziierter Vorbringen offen. Indirekt kann man die Bemerkungen des Bundesgerichts in Anlehnung an MORENO[83] und in Abkehr der Rechtsprechung «Blein» als zu prüfender Paradigmenwechsel betrachten. Das Bundesgericht bemerkt in 4A_481/2019, es liege zwar ein Gerichtsgutachten vor, aber auch gemäss diesem könne die geschädigte Person eine Vielzahl von Aufgaben selbständig, wenn auch zeitlich verlangsamt ausführen. Der Einschränkungsgrad im Haushalt sei final, d.h. nach der Wahrung

82 BGE 129 III 135 E. 4.2.1.

83 MORENO, 271 ff.; zustimmend FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1945, die der geschädigten Person und den Angehörigen zumuten, die Führung des Haushaltes in bestimmten Bereichen neu zu organisieren, um den Arbeitsausfall auszugleichen, lehnen aber eine entschädigungslose Erhöhung des Pensums der Angehörigen bei der Haushaltsarbeit ab, mit Hinweis auf Urteil des BGer 1A.228/2004 vom 3. August 2005 E. 8.2.; ZK-LANDOLT, N 1190 zu Art. 46 OR.

Vorzeitiger Referenten

der zumutbaren Schadenminderung zu beurteilen. Folgt man der Theorie von MORENO, sind bei der Ermittlung des Einschränkungsgrades räumliche und technische Optimierungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, Anpassungen an Hilfsmittel wie Tumbler, Geschirrspüler und sogar der stark wachsende Online-Einkauf.[84]

Im Bereich des Haftpflichtrechts hat die geschädigte Person sog. Schadenminderungsobliegenheiten, um den Schaden einzudämmen. Diese Obliegenheiten sind im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände (z.B. berufliche Fähigkeiten, Bildung, Alter, Anpassungsfähigkeit und Intelligenz der geschädigten Person) auf deren Zumutbarkeit hin zu prüfen. Zu denken ist bspw. an einen Berufs- oder Stellenwechsel des Geschädigten.[85] Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung fällt auf, dass sich das höchstrichterliche Gericht neuerdings einer Rechtsfigur aus dem Bereich der sozialen Versicherung bedient: Im Bereich der Invalidenversicherung werden unter dem Stichwort der Schadenminderungspflicht mehrere Aspekte zusammengefasst, die bei der Bemessung des Invaliditätsgrades der Invalidenversicherung einen erheblichen Einfluss haben können. Nach der zu dieser Thematik einschlägigen Rechtsprechung «hat die versicherte Person Verhaltensweisen zu entwickeln, welche die Auswirkungen der Behinderung im hauswirtschaftlichen Bereich reduzieren und ihr eine möglichst vollständige und unabhängige Erledigung der Haushaltsarbeiten ermöglichen. Der Umstand, dass diese Arbeiten nur mühsam und mit höherem Zeitaufwand bewältigt werden können, begründet nicht ohne weiteres eine Invalidität. Zudem wird eine Unterstützung durch Familienangehörige vorausgesetzt, welche weitergeht als im Gesundheitsfall.»[86] Die versicherte Person hat also die Pflicht, die Mithilfe der Familienangehörigen in Anspruch zu nehmen. Tut sie dies nicht, kann dies im Ergebnis als Verletzung der Schadenminderungspflicht gar zur Nichtberücksichtigung bei der Invaliditätsbemessung führen und erheblich in die private Lebensgestaltung der versicherten Person eingreifen.[87]

VIII. Ausblick

Seit dem Jahre 2002, wo HAVE/REAS mit der Zeitschrift und dem Personen-Schaden-Forum fulminant gestartet und dabei den Haushaltsschaden zum Thema

84 MORENO, 271.
85 KESSLER, N 13 f. zu Art. 44 OR.
86 BGE 130 V 97 E. 3.3.3.
87 KAUFMANN/ESCHMANN/HAFEN, 15 und ist daher nicht identisch mit der Mitarbeit der Angehörigen, welche bei der SAKE Erhebung berücksichtigt wird.

Vorexemplar Referenten

gemacht hat, hat sich eine weitgehende Einigkeit eingestellt, wie diese Schadenspositionen zu berechnen sind. Im Wesentlichen wird zur Bestimmung des massgeblichen Stundenaufwandes auf Erfahrungswerte zurückgegriffen und bewegt sich die Praxis im Palmenhain der regelmässig nachgeführten Tabellen des Bundesamtes für Statistik. Eine Rückkehr zur Abklärung der individuellen Verhältnisse erscheint den meisten, welche sich in den neunziger Jahren zu Haushaltsbesuchen zu den betroffenen Personen begeben und versucht haben, den tatsächlich geleisteten Stundenaufwand und die Einschränkung im Gespräch mit den Betroffenen und durch Einblick in Küche und Keller zu ermitteln, nicht erstrebenswert. Der Vortrag der konkreten Verhältnisse im Rahmen einer strengen Substanzierungslast, der zu Rechtsschriften führt, die als Schwergut transportiert werden müssen, liegt auch nicht im Interesse der Gerichte.

Das Bundesgericht hat richtig festgehalten, dass die Statistik für alle erfassten Haushalte Gültigkeit hat und kein Raum besteht, aufgrund individueller Verhältnisse von den statistisch ausgewiesenen Werten abzuweichen. Es wäre wünschenswert, dass das Bundesgericht der Statistik den weiten Raum einräumt, den sie beanspruchen kann, nämlich für alle Haushalte Gültigkeit zu haben, die den massgeblichen Merkmalen entsprechen, unter Berücksichtigung dessen, dass auch all diejenigen, die in solchen Haushalten leben und angeben, keinerlei Haushaltarbeit zu machen, ebenfalls in der Statistik enthalten sind.

Für die Bemessung der Einschränkung im Haushalt hat sich die funktionsorientierte Abklärung nicht flächendeckend durchgesetzt. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Mediziner als ohne Weiteres in der Lage angesehen wird, die Arbeitsunfähigkeit in jedwelchem Beruf zu bemessen (oft auch ohne detailliertes Anforderungsprofil), er aber nicht in der Lage sein soll, für das Tätigkeitsbild «Haushalt» dasselbe zu tun, sondern hierfür andere Abklärungsinstrumente gewählt werden müssten. Für vorübergehende Beeinträchtigungen kann es genügen, die Einschränkungen im Haushalt abhängig von der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit in der beruflichen Tätigkeit zu schätzen; für länger anhaltende Folgen eines schädigenden Ereignisses ist die medizinische Abklärung angezeigt.

Ebenfalls nicht durchgesetzt hat sich die Bemessung des Ersatzlohns nach Generalisten- und Spezialistenansätzen aufgrund statistisch festgestellter Werte. Entweder werden vor Ort gültige Ersatzlöhne konkret bestimmt, oder aber die Parteien folgen der Rechtsprechung, welche Erfahrungswerte zugrunde legt, die einer gewissen Pauschalisierung unterliegen.

Bei allem sind zwei Dinge nicht aus den Augen zu verlieren. Einerseits bietet es sich an, dass ein Haftpflichtversicherer frühzeitig an die geschädigten Personen herantritt und ihnen anbietet, die tatsächlich gegebene Einschränkung im Haushalt

Vorzeitiger Referenten

grosszügig durch Drittkräfte auszugleichen, die vom Haftpflichtversicherer entschädigt werden. Die Restitution durch tatsächliche Entlastung, die viele Betroffene von sich aus aus Angst vor aus dem Ruder laufenden Kosten nicht in Anspruch nehmen, unterstützt nicht nur den Heilungsverlauf, sondern bannt auch die mitunter geäusserte Befürchtung, eine Kompensation auf der Basis statistischer Zahlen führe zu einem moral hazard, indem für die Arbeitsunfähigkeit Geldleistungen fliessen, die es attraktiv machen, weiter arbeitsunfähig zu bleiben.

Andererseits kann die konkrete Abklärung der Haushaltsituation und der darin gegebenen Einschränkung nicht mehr als den Augenblick abbilden. Je länger die Folgen des haftungsbegründenden Ereignisses anhalten, und insbesondere, wenn ein Dauerschaden gegeben ist, helfen aktuelle konkrete Abklärungen nichts für die Frage, wie der Haushalt in 20 oder 40 Jahren aussehen wird und mit welchem Aufwand er verbunden sein wird. Je länger die Schadensperiode anhält, desto unumgänglicher wird der Beizug statistischer Erfahrungswerte.

Literaturverzeichnis

BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 4. Aufl., Bern 2013

CHAPPUIS GUY, Le préjudice ménager: encore et toujours ou les errances du dommage normatif, HAVE 2004, 282 ff.

EICHENBERGER PATRIK/HERZOG-ZWITTER IRIS, Der Haushaltschaden resultierend aus einem internationalen Verkehrsunfall – Vergleiche, Tendenzen und Parallelen rund um eine haftpflichtrechtliche Knacknuss, Strassenverkehr 3/2013, 12 ff.

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012

GÄHWILER FABIAN, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016

HERRMANN JAN, Haftpflichtrechtliche Überlegungen zur Beeinträchtigung in der Haushaltführung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2013, 133 ff. (zit. HERRMANN)

DERS., Rückblick 19. Personen-Schaden-Forum, HAVE 2020, 108 f. (zit. HERRMANN, Rückblick)

KAUFMANN PETER/ESCHMANN URS/HAFEN LUZIUS, Haushaltassessment - das Ei des Kolumbus?, HAVE 2010, 13 ff.

Vorexemplar Referenten

KESSLER MARTIN A., Art. 46 OR, in: Lüchinger Widmer/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020

KISSLING CHRISTA, Dogmatische Begründung des Haushaltsschadens, Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten, Bern 2006

LANDOLT HARDY, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zürich/Basel/Genf 2007

MORENO IGNACIO, Der Haushaltsschaden - die verbliebenen schwarzen Löcher, HAVE 2018, 269 ff.

PERGOLIS MASSIMO/DÜRR BRUNNER CAROLINE, Ungereimtheiten beim Haushaltsschaden, HAVE 2005, 202 ff.

PRIBNOW VOLKER, Der Haushaltsschaden: damnum emergens und nicht lucrum cessans, HAVE 2008, 11 f. (zit. PRIBNOW, damnum emergens)

DERS., Haushaltsschaden: ars abstracta iuridicialis Urteile des Bundesgerichts 4A_19/2008 vom 1.4.2008 und 4A_98/2008 vom 8.5.2008, HAVE 2008, 241 ff. (zit. PRIBNOW, ars abstracta)

DERS., Zur Bestimmung des Haushaltsschadens, Plädoyer 4/1996, 29 ff. (zit. PRIBNOW, Bestimmung Haushaltsschaden)

PRIBNOW VOLKER/SCHMID MARKUS, Die Versorgungsquoten aus Erwerbseinkommen und Haushaltsführung, HAVE 2003, 70 ff.

PRIBNOW VOLKER/WIDMER ROLF/SOUSA-POZA ALFONSO/GEISER THOMAS, Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE, Von der einsamen Palme zum Palmenhain, HAVE 2002, 24 ff.

SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001

WEBER STEPHAN, Dogmatische Ungereimtheiten beim Personenschaden, in: Böhme/Gähwiler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer, Zürich/Basel/Genf 2016, 568 ff. (zit. WEBER, Dogmatische Ungereimtheiten)

DERS., Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, 209 ff. (zit. WEBER, PSF 2019)

WEBER STEPHAN/VOSS ROLAND, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadenberechnung, HAVE 2018, 256 ff.

Vorexemplar Referenten

Hardy Landolt*

Entwicklungen beim Betreuungs- und Pflegeschaden

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 99

II. Ersatzpflicht für den Betreuungs-, Pflege- und Selbstversorgungsschaden 100
A. Betreuungs- und Pflegeschaden 100
B. Selbstversorgungsschaden 102

III. Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen 103
A. Sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen 103
B. Nicht sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen 107
1. Allgemeines 107
2. Individueller Betreuungs- und Pflegebedarf 107
3. Wartezeiten 109
4. Angehörigenbesuche 110

IV. Monetäre Bewertung 111
A. Tatsächliche Kosten 111
B. Eingesparte Lohnkosten 112
C. Schadenminderung und Vorteilsanrechnung 114
1. Wirtschaftlichkeit der Betreuungs- und Pflegekosten 114
2. Verlegung des Wohnsitzes ins billigere Ausland 114
3. Eingesparte Lebenshaltungskosten 115
4. Sozialversicherungsleistungen 116

Literaturverzeichnis 118

I. Einleitung

Die geschädigte Person, bei welcher als rechtserhebliche Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses eine Hilfsbedürftigkeit eingetreten ist, kann gemäss Art. 46 Abs. 1 OR Ersatz der dadurch entstehenden Kosten verlangen. Je nachdem, in welchem Lebensbereich die geschädigte Person Hilfe benötigt, entsteht ein unterschiedlicher Betreuungsschaden.

* Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Vorexemplar Referenten

Benötigt die geschädigte Person zusätzlich im Rahmen der medizinischen Behandlung oder nach Abschluss derselben Pflegeleistungen, sind auch die dafür anfallenden Kosten zu vergüten.

Die Abgrenzung des Betreuungs- vom Pflegeschaden kann nicht genau vorgenommen werden, insbesondere weil der Übergang von der Grundpflege zu blossen Betreuungsleistungen, insbesondere der Hilfe im Haushalt, fliessend ist[1]. Immerhin lässt sich eine Kategorisierung dahingehend vornehmen, dass der Betreuungsschaden sämtliche Hilfeleistungen umfasst, welche die geschädigte Person im Zusammenhang mit einem Verlust bzw. einer Einschränkung der Selbstversorgungsfähigkeit benötigt. Der Pflegeschaden demgegenüber beinhaltet sämtliche gesundheitsbedingt notwendigen medizinischen Massnahmen, welche üblicherweise von Pflegepersonal ausgeführt werden.

Ein Sonderfall stellt schliesslich die Situation dar, in welcher die geschädigte Person im Zusammenhang mit der Selbstversorgung oder der Vornahme einer Pflegeleistung an sich selber als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung, welche durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht worden ist, einen unfreiwilligen Zeitaufwand erleidet. In Abgrenzung zum Betreuungs- und Pflegeschaden kann dieser unfreiwillige Zeitaufwand als Selbstversorgungsschaden bezeichnet werden.

II. Ersatzpflicht für den Betreuungs-, Pflege- und Selbstversorgungsschaden

A. Betreuungs- und Pflegeschaden

Das Bundesgericht hat bereits im 19. Jahrhundert die Ersatzpflicht für den Betreuungs- und Pflegeschaden festgestellt[2]. Es spielt dabei keine Rolle, ob die von der geschädigten Person benötigten Drittleistungen von familienfremden Personen oder Angehörigen erbracht werden. Die familienrechtliche Beistands-, Unterhalts- und Unterstützungspflicht stellt keine Liberalität für die ersatzpflichtige Person dar.

Vorexemplar Referenten

1 Siehe dazu BGE 136 V 172 E. 2-5 und 131 V 178 E. 2.2 sowie Urteil des BGer 9C_528/2012 vom 20. Juni 2013 E. 5.4.2.

2 Vgl. BGE 21, 1042 E. 5. Siehe ferner BGE 28 II 200 ff., 33 II 594 ff. und 35 II 216 ff.

Das Bundesgericht hat auf diesen Umstand in jüngster Zeit mehrfach hingewiesen[3], obwohl es bereits 1895 die häusliche Pflege durch die Ehefrau als ersatzfähig bezeichnet hat[4].

Gewiss können von der geschädigten Person nur die Dienstleistungen von Angehörigen geltend gemacht werden, welche diese wegen des haftungsbegründenden Ereignisses erbringen. Nicht ersatzfähig sind Angehörigenleistungen, die auch dann erbracht worden wären, wenn sich der Haftungstatbestand nicht verwirklicht hätte. Die Abgrenzung der ohnehin von den zusätzlich als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses erbrachten Angehörigenleistungen betrifft vor allem geschädigte Kinder[5]. Bei Erwachsenen ist die Problematik des Ohnehinschadens gering, da in einem gemeinsamen Haushalt primär hauswirtschaftliche Tätigkeiten, nicht aber Betreuungs- und Pflegeleistungen für andere Angehörige erbracht werden[6].

Lediglich bei älteren Geschädigten stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses bereits hilfsbedürftig gewesen sind. Leidet die geschädigte Person an einer Altersdemenz, die innerhalb von 15 Monaten ohnehin zu einer Pflegebedürftigkeit geführt hätte, besteht keine Ersatzpflicht ab diesem Zeitpunkt [7]. War die geschädigte Person demgegenüber noch nicht hilfsbedürftig, rechtfertigt es sich nicht, von einer (späteren) Ohnehinpflegebedürftigkeit auszugehen.

Das Durchschnittsalter beim Eintritt in ein Pflegeheim beträgt 81,5 Jahre[8]. Ende 2019 wurden in den 1'563 Alters- und Pflegeheimen der Schweiz 90'342 Langzeitaufenthalter gezählt. Die 2'339 Spitex-Dienste (Hilfe und Pflege zu Hause) erbrachten zudem Leistungen für 394'444 Personen. Von 100 Personen ab 80 Jahren hielten sich 15 in einem Alters- und Pflegeheim auf und 29 erhielten Pflege zu

3 Vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.4-2.6 und 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/7b.

4 Vgl. BGE 21, 1042 E. 5 und 28 II 200 E. 5.

5 Der durchschnittliche Betreuungsaufwand für ein Kind wird im Rahmen der schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) erhoben. Den im Internet veröffentlichten Tabellen kann der durchschnittliche Betreuungsaufwand eines Kindes bzw. mehrerer Kinder je nach Alterskategorie entnommen werden <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/unbezahlte-arbeit/haus-familienarbeit.html>, zuletzt besucht am 15.02.2021. Siehe dazu ferner Anhang III Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH) (gültig ab 1. Januar 2015/Stand: 1. Januar 2021).

6 In den vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Tabellen betreffend Haus- und Familienarbeit wird zwar auch der Zeitaufwand für die Betreuung und Pflege von Erwachsenen ausgewiesen, aber nicht differenziert, für welche Personen diese Leistungen erbracht werden. Zudem betrifft dieser Aufwand im Zeitpunkt des Haftungsereignisses bereits hilfsbedürftig gewesene Personen, nicht aber den Geschädigten.

7 Vgl. Urteil des Obergerichts Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 3.4 und 3.5.

8 Siehe dazu <www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/12375_7294_4424_7264/20400.html>, zuletzt besucht am 15.02.2021.

Vorexemplar Referenten

Hause. 76% der Personen in Alters- und Pflegeheimen waren 80-jährig oder älter[9]. Der Betreuungs- und Pflegebedarf der Heimbewohner variiert zudem beträchtlich, weshalb keine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die geschädigte Person ab dem 80. Altersjahr ohnehin hilfs- bzw. pflegebedürftig gewesen wäre.

B. Selbstversorgungsschaden

Das Handelsgericht Zürich hat in einem Urteil aus dem Jahr 2018 die Ersatzpflicht für den Selbstversorgungsschaden verneint. Die Begründung geht dahin, dass der für die Selbstversorgung benötigte zeitliche Mehraufwand lediglich zulasten der Freizeit entsteht und die geschädigte Person aufgrund der Schadenminderungspflicht gehalten ist, die Zeitersparnis im Zusammenhang mit einer Hausarbeits- oder Erwerbsunfähigkeit für einen allfälligen Selbstversorgungsmehraufwand zu verwenden. Dieser Argumentation kann grundsätzlich beigepflichtet werden, doch ist zu berücksichtigen, dass die geschädigte Person mit zunehmendem Alter oder zusätzlich auftretenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen regelmässig nicht mehr in der Lage ist, sich selber – auch mit einem vermehrten Zeitaufwand – zu versorgen.

Das Handelsgericht Zürich geht davon aus, dass sich eine querschnittsgelähmte Person spätestens mit Erreichen des 70. Altersjahres in Heimpflege begibt[10]. Entsprechend wandelt sich der Selbstversorgungs- in einen Betreuungs- und Pflegeschaden um wofür Ersatz zu leisten ist. Irritierend ist sodann, dass sozialversicherungsrechtlich eine Leistungspflicht für unübliche Selbstversorgungsleistungen besteht[11]. Die geschädigte Person ist zudem – im Rahmen der Schadenminderungspflicht – nicht verpflichtet, alle Hilfeleistungen, welche sie selber, wenn auch mit einem unter Umständen erheblichen zeitlichen Mehraufwand oder nicht in derselben Qualität auszuführen im Stande ist, zu erbringen bzw. auf den Beizug von Hilfspersonen zu verzichten.

Es wäre deshalb angebracht, die grundsätzliche Ersatzpflicht des Selbstversorgungsschadens anzuerkennen und im jeweiligen konkreten Schadenfall eine Reduktion des Schadenersatzes vorzunehmen, wenn die geschädigte Person als Folge einer Hausarbeits- oder Erwerbsunfähigkeit eine Zeitersparnis hat und ihr zuge-

Vorzeitige Referenten

9 Vgl. <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/medienmitteilungen.assetdetail.14817268.html>, zuletzt besucht am 15.02.2021.

10 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1.

11 Siehe BGE 121 V 88 E. 6b und c.

mutet werden kann, diese für die benötigte Selbstversorgung zu verwenden[12]. In Analogie zur zeitlichen Kongruenz ist die Zeitersparnis, welche als Haushalt- oder Erwerbsausfallschaden abgegolten wird, aber nur in dem Umfang anzurechnen, wie die geschädigte Person Selbstversorgungsleistungen in den Zeiträumen vornimmt, während welchen sie sich um den Haushalt gekümmert hätte oder einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre.

III. Entschädigungspflichtige Betreuungs- und Pflegeleistungen

A. Sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen

Als Folge des Sozialversicherungsregresses hat die haftpflichtige Person dem Sozialversicherungsträger, welcher im Zusammenhang mit dem haftungsbegründenden Ereignis Betreuungs- und Pflegeleistungen vergütet hat, direkt Ersatz zu leisten. Die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht ist sowohl für Betreuungs- als auch Pflegeleistungen heterogen. Der Sozialversicherungsgesetzgeber ist zudem – vor allem im Pflegebereich – nicht untätig und hat in den vergangenen Jahren zahlreiche Änderungen vorgenommen und zusätzliche Versicherungsleistungen geschaffen.

Seit dem Inkrafttreten des KVG am 1. Januar 1996 sind die krankheits- und unfallbedingten Pflegekosten obligatorisch versichert. Soweit die geschädigte Person dem UVG unterstellt ist, ist der Unfallversicherer prioritär für die unfallbedingte Pflege und nichtmedizinische Hilfe leistungspflichtig[13]. Die von einer gesundheitlich beeinträchtigten Person benötigten Betreuungsleistungen sind demgegenüber nicht umfassend sozialversichert. Hilfsbedürftige Personen erhalten unterschiedliche Versicherungsleistungen, insbesondere eine Hilflosenentschädigung. Personen, denen eine Hilflosenentschädigung seitens der IV gewährt wird, können seit dem 1. Januar 2012 sodann einen Assistenzbeitrag beanspruchen, soweit sie Assistenzpersonen angestellt haben. Der Assistenzbeitrag steht demgegenüber anderen geschädigten Personen nicht zu. Angehörige, welche Personen, die hilfsbedürftig sind, betreuen, können seit dem 1. Januar 1997 Betreuungsgutschriften beantragen.

12 Siehe dazu LANDOLT, Selbstversorgungsmehraufwand, 217 und DERS., Selbstversorgungsleistungen, 357 ff.

13 Vgl. Art. 18 UVV.

Vorexemplar Referenten

Die Grundstrukturen dieses unübersichtlichen und komplexen Pflegeversicherungssystems werden sowohl vom Gesetzgeber als auch der Rechtsprechung laufend modifiziert. Haftungsrechtlich von Bedeutung sind unter anderem folgende Anpassungen:

– Das Bundesgericht hat im Jahr 2006 festgestellt, dass pflegende Angehörige von einem zugelassenen Leistungserbringer angestellt werden können[14]. Das Bundesgericht präzisierte unlängst, dass die Anstellung nur für Grundpflegeleistungen, nicht aber Behandlungspflegeleistungen möglich ist, sofern die angehörige Person nicht über ein Pflegefachdiplom verfügt[15]. In einem Schadenfall muss deshalb die Möglichkeit einer (späteren) Anstellung von pflegenden Angehörigen der geschädigten Person berücksichtigt werden[16].

– Per 1. Januar 2011 wurde die krankenversicherungsrechtliche Leistungspflicht mit Bezug auf Pflegeleistungen neu geregelt. Die versicherte Person ist seither verpflichtet, einen Anteil, der auf 20% des höchsten vom Bundesrat erlassenen Rahmentarifes beschränkt ist, an die Pflegekosten beizutragen. Aktuell beläuft sich der Pflegekostenselbstbehalt bei einer ambulanten Pflege auf CHF 5'444.52 pro Jahr, bei einem Aufenthalt in einem Pflegeheim demgegenüber auf CHF 8'409.60[17]. Es ist nicht absehbar, wie sich die Höhe des Pflegekostenselbstbehalts inskünftig entwickeln wird. Gilt demgegenüber das UVG, hat die geschädigte Person (vorderhand) keinen derartigen Pflegekostenselbstbehalt zu tragen; es gilt das Naturalleistungsprinzip, weshalb der Versicherungsträger, wenn er die unfallbedingten Pflegeleistungen nicht selber erbringt, diese dem Leistungserbringer vollumfänglich zu vergüten hat[18].

– Die Leistungspflicht des Unfallversicherers für Pflegekosten wurde im Rahmen der Teilrevision des UVG, welche am 1. Januar 2017 in Kraft trat, ausgeweitet. Der bis zum 31. Dezember 2016 gültig gewesene Art. 18 UVV war staatsvertragswidrig, weshalb der Bundesrat eine Anpassung der Gesetzesbestimmung vorgeschlagen hatte. Nunmehr ist der Unfallversicherungsträger verpflichtet, die Kosten der unfallbedingten Pflegeleistungen, sofern sie von einem zugelassenen Leistungserbringer erbracht werden, vollumfänglich zu vergüten. Er hat zudem einen Beitrag an die Kosten der Pflegeleistungen,

14 Vgl. Urteil des BGer K 156/04 vom 21. Juni 2006 = SVR 2006 KV Nr. 37, 141 E. 3.2. Siehe ferner Urteil des BGer 9C_597/2007 vom 19. Dezember 2007.

15 Vgl. BGE 145 V 161 E. 5.

16 Dazu infra Ziffer IV/C/4/a.

17 Siehe Art. 25a KVG und Art. 7a KLV.

18 Vgl. Urteil des BGer 8C_569/2019 vom 28. August 2020 (BGE-Publikation).

Vorexemplar Referenten

welche von nicht zugelassenen Leistungserbringern, insbesondere Angehörigen der versicherten Person, ausgeführt werden, sowie die durch die Hilflosenentschädigung nicht gedeckten Kosten der medizinischen Hilfe zu vergüten[19]. Das Bundesgericht hat 2019 klargestellt, dass die neue Verordnungsbestimmung auch für altrechtliche Unfälle anwendbar ist und der Unfallversicherungsträger von Amtes wegen verpflichtet ist, die Bestimmungen zur Anwendung zu bringen bzw. altrechtliche Pflegekostenverfügungen anzupassen[20].

– Das Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 20. Dezember 2019[21] ist teilweise bereits am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Seither besteht der Anspruch auf Betreuungsgutschriften auch bei einer Hilflosigkeit leichten Grades. Zudem werden die Hilflosenentschädigung und der Intensivpflegezuschlag der IV inskünftig bei einem Spitalaufenthalt des Kindes nicht mehr sistiert, wenn die Anwesenheit der Eltern im Spital erforderlich ist. Der neu eingeführte 14-wöchige Betreuungsurlaub wird erst ab dem 1. Juli 2021 in Kraft treten. Der Lohn während des Betreuungsurlaubs wird über die EO finanziert; das EOG schliesst das Regressrecht nicht aus, weshalb der Haftpflichtige die durch das haftungsbegründende Ereignis verursachten Lohnkosten zu ersetzen hat.

– Ebenfalls am 1. Januar 2021 ist die Revision des ELG in Kraft getreten. Die Ergänzungsleistungen decken die von den prioritär leistungspflichtigen Sozialversicherungsträgern nicht übernommenen Betreuungs- und Pflegekosten. Die ungedeckten Heimaufenthaltskosten werden im Rahmen der jährlichen Ergänzungsleistung finanziert[22], während die ungedeckten Betreuungs- und Pflegekosten bei einem Aufenthalt zu Hause oder einem vorübergehenden, maximal dreimonatigen Heimaufenthalt im Rahmen der Vergütung der Krankheits- und Behinderungskosten durch die Kantone zu tragen sind[23]. Der Anspruch auf Ergänzungsleistungen besteht neu erst dann, wenn der massgebliche Vermögensschwellenwert von CHF 100'000 bei alleinstehenden Personen bzw. CHF 200'000 bei verheirateten Personen unterschritten wird[24]. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, ein Regressrecht zulasten der Haftpflichtigen einzuführen, sieht inskünftig aber ein Rückgriffsrecht auf die Erben der versicherten

19 Vgl. Art. 18 Abs. 2 UVV.
20 Vgl. Urteil des BGer 8C_706/2019 vom 28. August 2020.
21 AS 2020 4525.
22 Vgl. Art. 10 Abs. 2 ELG.
23 Vgl. Art. 14 ELG.
24 Vgl. Art. 9a Abs. 1 ELG.

Vorzeitiger Referenzen

Person vor, wenn der Nachlass – beim Tod des überlebenden Ehegatten – der versicherten Person über CHF 40'000 liegt[25]. Die Koordination der Ergänzungsleistungen mit der haftungsrechtlichen Ersatzpflicht wird durch dieses Rückgriffsrecht um eine Nuance komplexer, sofern und soweit Ergänzungsleistungen, welche für ungedeckte Pflegekosten in der Vergangenheit erbracht worden sind, bei der Schadensberechnung angerechnet werden[26].

Die sozialversicherten Betreuungs- und Pflegeleistungen werden unterschiedlich finanziert. Der Gesetzgeber entlastet die Versicherungsträger zunehmend von der vollumfänglichen Finanzierungslast. Wie bereits erwähnt wurde die krankenversicherungsrechtliche Leistungspflicht hinsichtlich der Pflegekosten per 1. Januar 2011 angepasst. Seither ist der Krankenversicherer nicht mehr verpflichtet, die gesamten Kosten der versicherten Pflegeleistungen zu tragen. Die Kantone haben die durch den Beitrag des Krankenversicherers und den Pflegekostenselbstbehalt der versicherten Person nicht gedeckten Pflegekosten zu finanzieren. Die meisten Kantone nehmen diese Finanzierung so vor, dass sie den Leistungserbringern staatliche Finanzhilfen (Restkostenbeiträge) gewähren.

Das sozialversicherungsrechtliche Regressrecht gemäss Art. 72 ATSG steht den Kantonen nicht zu, da sie keine Sozialversicherungsträger sind. Zudem kann das Rückgriffsrecht nur für Versicherungsleistungen, nicht aber staatliche Finanzhilfen geltend gemacht werden. Der Gesetzgeber sah sich deshalb veranlasst, mit Wirkung ab dem 1. Januar 2019 ein Rückgriffsrecht zugunsten der Kantone für Spital- und Pflegekosten einzuführen[27]. Staatliche Finanzhilfen werden von den Kantonen auch bei einem Aufenthalt in einer Institution zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen erbracht[28]. Für die diesbezüglichen staatlichen Finanzhilfen besteht – wie für Ergänzungsleistungen, welche durch Steuern finanziert werden – (vorderhand) noch kein Rückgriffsrecht. In Anbetracht der stark steigenden Pflegekosten ist es absehbar, dass Bund und Kantone das Rückgriffsrecht für von ihnen mittels Subventionen und Steuern finanzierte Betreuungs- und Pflegekosten ausweiten werden. Ob dabei die Kantone berechtigt sind, Rückgriffsrechte für Pflegekosten einzuführen, welches sie gemäss Bundesrecht zu finanzieren verpflichtet sind, sei dahingestellt.

Vorzeitige Referenten

25 Vgl. Art. 16a ELG.
26 Dazu infra Ziffer IV/4/b.
27 Vgl. Art. 79a KVG.
28 Vgl. Art. 7 Abs. 1 IFEG.

B. Nicht sozialversicherte Betreuungs- und Pflegeleistungen

1. Allgemeines

Die geschädigte Person kann für die durch Sozialversicherungsleistungen und staatliche Beiträge noch nicht entschädigten Betreuungs- und Pflegeleistungen Ersatz verlangen. Zu den ungedeckten Betreuungs- und Pflegeleistungen zählen insbesondere Angehörigenleistungen und ein erheblicher Anteil der Betreuungsleistungen, für welche die geschädigte Person keine Sozialversicherungsleistungen oder blosse Pauschalen erhält, wie das etwa bei der Hilflosenentschädigung und dem Intensivpflegezuschlag der Fall ist. Die Klärung, welche Hilfeleistungen noch nicht durch Sozialversicherungsleistungen abgegolten worden sind, ist deshalb nicht immer einfach und setzt in jedem Fall voraus, dass der individuelle Bedarf der geschädigten Person festgestellt wird.

2. Individueller Betreuungs- und Pflegebedarf

Im Gegensatz zum Haushaltschaden existieren beim Betreuungs- und Pflegeschaden keine statistischen Erfahrungswerte hinsichtlich des durchschnittlichen Zeitbedarfs. Da jede Verletzung je nach den Umständen einen unterschiedlichen Betreuuungs- und Pflegebedarf zur Folge haben kann, betont das Bundesgericht zutreffend, dass «kein Weg daran vorbeiführt», den jeweiligen Betreuungs- und Pflegebedarf «individuell und konkret» zu ermitteln[29].

Die geschädigte Person hat zudem den als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses verursachten Betreuungs- und Pflegebedarf hinreichend zu substantiieren. Dies gilt insbesondere auch für die Notwendigkeit von und den Umfang der benötigten Präsenzleistungen[30]. Der Detaillierungsgrad hat dabei so zu sein, dass das zuständige Gericht ein Beweisverfahren durchführen kann. Da die haftungsrechtliche Ersatzpflicht – insbesondere bei den Betreuungsleistungen – über die sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht hinausgeht, genügt es nicht, wenn im Haftpflichtprozess lediglich die sozialversicherungsrechtlichen Bedarfsabklärungen eingereicht werden.

Für eine gehörige Irritation hat das Bundesgericht mit einem neuen Entscheid gesorgt, als es im Zusammenhang mit der Feststellung des zukünftigen Pflegebedarfs den kantonalen Entscheid, es liege eine Beweislosigkeit vor, weil nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könne, wie sich der zukünftige

29 Urteil des BGer 4A_48/2010 vom 9. Juli 2010 E. 1.3.4.2.
30 Vgl. Urteil des BGer 4A_547/2017 vom 16. April 2018 E. 5.2.2.

Vorzeitiger Referenten

Pflegebedarf entwickle, geschützt hat[31]. Es ist sicher zutreffend, dass bei vielen Beschwerdebildern nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (auf Jahrzehnte hinaus) abgeschätzt werden kann, wie sich der Betreuungs- und Pflegebedarf entwickeln wird und ob/wann gegebenenfalls Veränderungen eintreten werden. In einem solchen Fall liegt aber keine Beweislosigkeit, sondern ein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR vor. Kann der konkrete Verlauf der Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, hat das zuständige Gericht einen hypothetischen Verlauf nach Massgabe medizinischer Erfahrungswerte zugrunde zu legen.

Existieren keine derartigen Erfahrungswerte, wie das gemäss dem Bundesgericht für querschnittsgelähmte Personen der Fall ist, ist aber erfahrungsgemäss davon auszugehen, dass sich der Pflegebedarf mit zunehmendem Alter durchschnittlich erhöht, besteht keine Beweislosigkeit, sondern eine Verpflichtung des Gerichtes, die zukünftige Entwicklung abzuschätzen. Das Bundesgericht betont, dass die Rechtsdurchsetzung – mithin auch der Schadensersatzanspruch – nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten[32]. Beim Nachweis des zukünftigen Betreuungs- und Pflegebedarfes bestehen in mehrfacher Hinsicht typische Beweisschwierigkeiten.

Im Zusammenhang mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden bestehen diese nicht nur in Bezug auf den Zeitpunkt und den Umfang einer allfälligen Verschlechterung des Gesundheitszustandes, welche den Betreuungs- und Pflegebedarf erhöhen. Ebenso bestehen keine Erfahrungswerte dazu, wie lange es der geschädigten Person oder gegebenenfalls den Angehörigen möglich ist, die benötigten Pflegeleistungen zu erbringen, wann ein Pflegeheimeintritt erfolgt und wie sich die ungedeckten Pflegekosten zukünftig entwickeln. Auf all diese Fragen können weder mit hinreichender Sicherheit noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit evidenzbasierte Antworten gegeben werden.

In Anwendung von Art. 42 OR hat das Gericht eine Schätzung aufgrund der verfügbaren Indizien vorzunehmen, nicht zuletzt deshalb, weil die ersatzpflichtige Person die typischen Beweisschwierigkeiten verursacht hat und dafür verantwortlich ist. So wird beispielsweise vom Handelsgericht des Kantons Zürich davon ausgegangen, dass sich selbst pflegende Geschädigte mit Erreichen des 75. Altersjahres ihre Selbstpflegefähigkeit verlieren[33].

Vorsichtiger Referenten

31 Vgl. Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.4–4.6.
32 Vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa und Urteil des BGer 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003 E. 3.
33 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8c.

Dasselbe Gericht mutmasst, dass pflegende Angehörige spätestens mit Erreichen bereits des 70. Altersjahres nicht mehr in der Lage sind, die bisherigen Pflegeleistungen zu erbringen[34], und schätzt die zukünftige Entwicklung der Pflegekosten[35] ab.

3. Wartezeiten

Zum entschädigungspflichtigen Bedarf zählen dabei nicht nur Dienstleistungen, welche aktiv ausgeführt werden. Ist die geschädigte Person auf die blosse Anwesenheit einer Hilfsperson angewiesen, muss diese aber nicht ständig Verrichtungen für oder an der geschädigten Person ausüben, sind die dadurch entstehenden Wartezeiten ebenfalls zu vergüten. Es besteht dafür noch keine einheitliche Praxis. Die kantonalen Gerichte haben zwar die grundsätzliche Ersatzpflicht des Überwachungs- bzw. Präsenzzeitschadens bestätigt, aber noch keine klaren Grundsätze herausgearbeitet, welcher Zeitaufwand zu entschädigen ist und welche Stundenansätze dafür heranzuziehen sind[36].

Da die geschädigte Person in die Lage versetzt werden muss, die benötigte Überwachung vergüten zu können, sind die Wartezeiten der Hilfsperson analog der arbeitsvertraglichen Praxis zum Pikett- bzw. Bereitschaftsdienst zu entschädigen[37]. Entsprechend sind die Wartezeiten, welche die Hilfsperson in Rufbereitschaft bei der geschädigten Person verbringt, voll zu entschädigen[38], während andere Wartezeiten der Hilfsperson, wenn sie beispielsweise bei sich zu Hause auf Abruf bereit ist, lediglich angemessen zu vergüten sind[39].

34 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI.

35 Ibid., 44.

36 Vgl. Urteile des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8 (Ersatzpflicht bejaht für 182.5 Stunden Präsenzaufwand im Monat bei einer Paraplegikerin) und HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394, E. V/2, 18 ff. (4.5 Stunden Präsenzzeit pro Tag bei einer Geschädigten mit schwerem Schädel-Hirn-Trauma) sowie Urteil des Obergerichts Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006 = HAVE 2007, 35 ff. E. 8.2 (Pflege- und Betreuungsaufwand eines Geschädigten mit schweres Schädel-Hirntrauma mit Hirnstamm-Kontusion sowie initialem Hirnödem, Wirbelverletzungen sowie weitere Frakturen von 5 Stunden pro Tag und einem zusätzlichen Präsenzzeitbedarf von 5.5 Stunden pro Tag unter Berücksichtigung einer vom Geschädigten im Gerichtsverfahren anerkannten Ohnehin-Anwesenheit seiner Lebenspartnerin/Ehefrau von täglich 8.5 Stunden) und Urteil des Obergerichts Luzern 11 03 117 vom 13. Oktober 2004 E. 4.3 (86-jährige Geschädigte nach linkem Fussknöchelbruch, Bänderriss sowie einer Kontusion des linken Knies; Betreuung durch Tochter, Lohnausfall vier Tage pro Woche).

37 Siehe dazu BGE 124 III 249 E. 3.

38 So auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.7d.

39 Vgl. BGE 124 III 249 E. 3b.

Vorexemplar Referenten

4. Angehörigenbesuche

Unklar ist schliesslich die Ersatzfähigkeit von Angehörigenbesuchen. Die ältere Rechtsprechung hat die Ersatzpflicht für die Kosten und einen allfälligen Erwerbsausfall besuchender Angehöriger bejaht[40]. Eine «Normativierung» des Besuchsschadens nahm der Berner Appellationshof im Jahr 2002 vor, als er auch eine Ersatzpflicht für den blossen Zeitaufwand der Mutter eines schwerstgeschädigten Kindes für die Zurücklegung des Weges vom und ins Spital bejahte und die Besuchszeit zum Haushaltstundenansatz berechnete[41].

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 den vom Vater eines geschädigten Kindes geltend gemachten Besuchsschaden (Erwerbsausfall) abgewiesen, der Mutter des geschädigten Kindes allerdings einen Besuchsschaden (Haushaltschaden während der Besuchszeiten) zugesprochen[42]. Seither besteht eine Irritation, ob und inwieweit der Besuchsschaden ersatzfähig ist[43].

Sowohl die geschädigte Person als auch ihre nahen Angehörigen haben einen grund- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Anspruch auf hinreichenden Kontakt während der Hospitalisationphase[44] und gegebenenfalls auch später, wenn die Hausgemeinschaft zwischen der geschädigten Person und nahen Angehörigen als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses hat aufgelöst werden müssen und sich die geschädigte Person beispielsweise in einem Heim aufhält oder in einer anderen (behindertengerechten) Wohnung lebt.

Wie bei den Betreuungs- und Pflegeleistungen ist deshalb auch der blosse Zeitaufwand von Besuchen, auch wenn er nicht unmittelbar mit einem Erwerbsausfall verbunden ist, zu entschädigen, mindestens in dem Umfang, wie die besuchende angehörige Person hauswirtschaftliche Tätigkeiten ausgeführt hätte. Macht die besuchende angehörige Person einen Erwerbsausfall geltend, ist sie verpflichtet, die Besuchs- den Arbeitszeiten anzupassen[45]. Der Bezug eines Überzeitguthabens für notwendige Spitalbesuche stellt auch einen Erwerbsausfall dar[46].

40 Vgl. BGE 97 II 259 E. 3 und 52 II 384 E. 5.

41 Vgl. Urteil des Appellationshofs Bern 358/II/2001 vom 13. Februar 2002 = ZBJV 2002, 831 und 2003, 394 E. 8 und 12.

42 Vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.4 f.

43 Siehe dazu SUTER, 121 ff.; LANDOLT, Ersatzpflicht, 499 ff.; und DERS., Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden, 3 ff.

44 Vgl. dazu BGE 118 V 206 E. 5.

45 Vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.3.

46 Vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen i.S. X. c. Schulgemeinde Y. vom 11. Juni 2007 = SG 2008 Nr. 1613 E. III/2a.

Vorexemplar Referenten

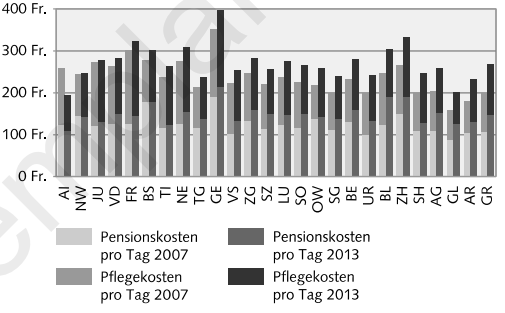
IV. Monetäre Bewertung

A. Tatsächliche Kosten

Die geschädigte Person kann Ersatz für die tatsächlichen Kosten der benötigten Betreuung und Pflege verlangen. Ungedeckte Betreuungs- und Pflegekosten entstehen dabei im Zusammenhang mit Franchisen und Selbstbehalten, insbesondere dem Pflegekostenselbstbehalt, wenn ein Kranken- und nicht ein Unfallversicherer für die Pflegekosten aufzukommen hat[47]. Kann die geschädigte Person nicht zu Hause betreut und gepflegt werden, sind die Aufenthaltskosten einer geeigneten Heimunterbringung zu entschädigen.

Die Aufenthaltskosten umfassen eine Pflege- und Betreuungstaxe sowie eine Entschädigung für Kost und Logis zuzüglich allfälliger Auslagen für besondere Dienstleistungen. Die Heimaufenthaltskosten unterscheiden sich je nach Kanton beträchtlich, da sich die Lohnkosten des Pflegepersonals je nach Region unterscheiden und die Kantone den Heimen unterschiedlich hohe staatliche Finanzhilfen gewähren (siehe nachfolgende Grafik).

Pensions- und Pflegekosten pro Tag in einem Pflegeheim, 2007 und 2013 **G 10**



Quelle: BFS – Statistik der sozialmedizinischen Institutionen, 2007–2013 © BFS 2015

Eine besondere Schwierigkeit, vielleicht gar Unmöglichkeit, besteht in der Schätzung der zukünftigen Pflegekosten. In der Vergangenheit sind die Pflegekosten überdurchschnittlich angewachsen[48]. Die durchschnittlichen Kosten pro Tag in

47 Vgl. Art. 25a Abs. 5 KVG.

48 Siehe dazu die weiterführenden Tabellen <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kosten-finanzierung/kosten.html>, zuletzt besucht am 15.02.2021.

Vorexemplar Reisenten

einem Pflegeheim beispielsweise sind von 222 Franken (2007) auf 282 Franken (2013) gestiegen, d.h. 4.5% pro Jahr[49]. Ob diese Entwicklung ungebremst weitergeht oder sich normalisiert, ist nicht absehbar. Es ist deshalb – vor allem bei jungen Geschädigten – letztlich nicht möglich, den zukünftigen Kostenverlauf einigermassen verlässlich zu prognostizieren.

Die Rechtsprechung stellt bei der Hochrechnung der aktuellen Pflegetaxe bis zum Zeitpunkt des zu erwartenden Heimeintritts auf die allgemeine Teuerung der Gesundheitskosten von jährlich 5,5%, bei den übrigen Heimaufenthaltskosten auf die Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenkosten ab[50]. Das Handelsgericht Zürich hat im Jahr 2008 in Bezug auf die Pflegekosten eine jährliche Teuerungsrate von 3,2% für Österreich (Land Vorarlberg) bestätigt[51].

B. Eingesparte Lohnkosten

Spätestens seit dem Kramis-Entscheid ist vom Bundesgericht anerkannt, dass auch eingesparte Kosten von der ersatzpflichtigen Person zu vergüten sind[52]. Werden die von der geschädigten Person benötigten Betreuungs- und Pflegeleistungen unentgeltlich von Angehörigen oder anderen Personen erbracht, sind die dadurch eingesparten Kosten zu vergüten. Die Höhe dieser eingesparten Kosten entspricht dabei mindestens den Lohnkosten einer geeigneten Hilfsperson[53].

Ob ein darüber hinausgehender Erwerbsausfall der unentgeltlich tätigen Hilfsperson ebenfalls und bis zu welcher Grenze zu entschädigen ist, mussten die schweizerischen Gerichte noch nicht entscheiden. Das Bundesgericht hat viel- und gleichermassen nichtssagend festgehalten, dass ein über die eingesparten Lohnkosten hinausgehender Erwerbsausfall des pflegenden Angehörigen «in der Regel» nicht zu ersetzen sei, ohne aber festzuhalten, welche Umstände eine Ausnahme erlauben würden[54].

Hinsichtlich der Höhe des Stundenansatzes differenziert die Praxis dahingehend, ob es sich um eigentliche Pflegeleistungen oder blosse Betreuungsleistungen handelt. Für Pflegeleistungen und anspruchsvolle Betreuungsleistungen sind die

49 Vgl. BFS Aktuell, Oktober 2015, 8.
50 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI, 44.
51 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8c.
52 Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002 E. II/6.
53 Vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 2.
54 Ibid. E. 2.1. So auch Urteil des BGH VI ZR 377/17 vom 9. April 2019 E. III.

Vorexemplar Referenten

Lohnansätze heranzuziehen, welche einer diplomierten Pflegefachperson, welche in den Beruf einsteigt, zu bezahlen wären[55]. Gewöhnliche Betreuungsleistungen und hauswirtschaftliche Verrichtungen, welche die geschädigte Person als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigung benötigt, sind mit dem üblichen Haushaltstundenansatz zu bewerten[56].

Zu entschädigen ist dabei nicht nur der Bruttolohn, sondern auch die zusätzlich vom Arbeitgeber geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge[57]. Da eine hypothetische Ersatzkraft lediglich während der üblichen Arbeitszeiten anwesend wäre und zudem einen Anspruch auf bezahlte Ferien und Freizeit sowie auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung hat, ist ein Stellvertretungszuschlag zu berücksichtigen, wenn die geschädigte Person tagtäglich auf Betreuung und Pflege angewiesen ist. Entsprechend ist die tatsächlich benötigte und von den Hilfspersonen auch tatsächlich erbrachte Arbeitszeit der Berechnung der eingesparten Lohnkosten zugrunde zu legen. Da eine Anstellung mit Monatslohn üblich ist, sind die für den Monatslohn massgeblichen Berechnungsgrundsätze heranzuziehen.

Im Zusammenhang mit den zukünftigen Lohnkosten ist der Reallohnentwicklung Rechnung zu tragen[58]. Abzustellen ist bei der Berechnung des Pflegeschadens auf die mutmassliche Entwicklung der Löhne von diplomierten Pflegefachpersonen. Da es sich beim Pflegeberuf um einen typisch weiblichen Beruf handelt, ist einer allfälligen Lohndiskriminierung Rechnung zu tragen. Beim Betreuungsschaden ist die Entwicklung der Löhne, welche für Tätigkeiten in privaten Haushalten bezahlt werden, massgeblich. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang die Heranziehung des diesbezüglichen Medianlohnes gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung nicht beanstandet[59].

55 Das Handelsgericht Zürich hat in einem Fall, in welchem der Konkubinatspartner die querschnittgelähmte Geschädigte (Paraplegie Th 9) pflegte und betreute, den Stundenansatz einer diplomierten Pflegefachperson im 1. bis 5. Berufsjahr als «Einstiegslohn» bezeichnet (vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.7b).

56 Vgl. z.B. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen i.S. X. c. Schulgemeinde Y. vom 11. Juni 2007 = SG 2008 Nr. 1613 E. III/2b/cc (CHF 27 für Betreuungsleistungen der Mutter seit 2005).

57 Das Kantonsgericht Graubünden ist für das Jahr 2005 von einem Stundenansatz von CHF 38.36 bruttobrutto für Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von Angehörigen ausgeführt wurden, ausgegangen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 09 49 vom 23. November 2009 E. 7c/cc). Das Bundesgericht hat in einem Fall, der Art. 18 Abs. 2 UVV betraf, einen Stundenansatz von CHF 35 für Angehörigenpflege (Basis: 1999/2000) nicht beanstandet (vgl. Urteil des BGer 8C_896/2009 vom 23. Juli 2010 E. A und 5.1).

58 Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2000 vom 26. März 2002 E. 7b.

59 Ibid.

Vorexemplar Reformen

Verlangt die geschädigte Person eine Rente, ist diese zu indexieren, wobei auf den Nominallohnindex abzustellen ist, da der Schadenberechnung Lohnkosten und nicht allgemeine Lebenshaltungskosten zugrunde gelegt sind[60].

C. Schadenminderung und Vorteilsanrechnung

1. Wirtschaftlichkeit der Betreuungs- und Pflegekosten

Die geschädigte Person und gegebenenfalls auch ihre Angehörige sind verpflichtet, den Betreuungs- und Pflegeschaden soweit zu mildern, als ihnen dies möglich und zumutbar ist. Die geschädigte Person ist als Folge der verfassungsmässigen Grundrechte und gestützt auf ihr Persönlichkeitsrecht berechtigt, über die Art der Betreuung und Pflege zu entscheiden. Die geschädigte Person ist deshalb nicht verpflichtet, ausnahmslos die günstigste Versorgungsform zu wählen. Das Handelsgericht Zürich erwog 2008, dass die Hauspflege durch Angehörige auch dann geschuldet ist, wenn diese Pflegeform zwei bis zweieinhalb Mal so viel wie eine Heimversorgung kostet[61].

Gemäss der Rechtsprechung hat die ersatzpflichtige Person mitunter «doppelte» Kosten zu vergüten, wenn der geschädigten Person während eines Wochenendaufenthaltes bei Angehörigen oder im Zusammenhang mit Ferien zusätzliche Kosten entstehen[62]. Befindet sich die geschädigte Person in Spital- oder Heimpflege können Betreuungs- und Pflegeleistungen von besuchenden Angehörigen nicht zusätzlich zu den Aufenthaltskosten berücksichtigt werden. Eine Ersatzpflicht besteht nur dann, wenn sich die Aufenthaltskosten wegen der Angehörigenleistungen reduzieren[63].

2. Verlegung des Wohnsitzes ins billigere Ausland

Die Schadenminderungspflicht verlangt von der geschädigten Person nicht, dass sie ihren Aufenthaltsort innerhalb der Schweiz in einer Region mit tieferen Betreuungs- und Pflegekosten verlegt bzw. dort beibehält oder die Schweiz dauerhaft verlässt[64]. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat unlängst festgestellt, dass trotz eines (vorübergehenden) Aufenthalts im Ausland nicht die dortigen tieferen Betreuungs- und Pflegekosten, sondern die mutmasslichen schweizerischen Kos-

60 Ibid. E. 8.
61 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.4 d/cc.
62 Vgl. Urteil des Obergerichts Luzern 11 08 127 vom 27. August 2009 E. 4 und 5.
63 Vgl. Urteil des BGer 4C.276/2000 vom 26. März 2002 E. 2.6.
64 Vgl. Urteil des BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c.

Verlagsexemplar Referenten

ten zu entschädigen sind, wenn die geschädigte Person seit dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses in der Schweiz ihren Wohnsitz gehabt hat[65].

Kann die geschädigte Person jederzeit aus dem Ausland in die Schweiz zurückkehren, ist im jeweiligen Einzelfall abzuschätzen, ab welchem Zeitpunkt die (mutmasslich höheren) Betreuungs- und Pflegekosten in der Schweiz zu berücksichtigen sind. Verlegt die geschädigte Person nach dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses ihren Wohnsitz ins Ausland, stellt sich die Frage, ob die tieferen Betreuungs- und Lebenshaltungskosten massgeblich und die tieferen Lebenshaltungskosten als in Abzug zu bringender Vorteil bei den übrigen Schadensposten zu berücksichtigen sind.

Das Bundesgericht hat bei einem Geschädigten, der als 5-jähriger Knabe anlässlich eines Verkehrsunfalles ein schweres Schädel-Hirn-Trauma mit Tetra-Spastizität erlitt und als 20-Jähriger zusammen mit seinen Eltern nach Norditalien umzog, festgestellt, dass die tieferen Lebenshaltungskosten in Italien nicht als Vorteil beim Erwerbsausfallschaden in Abzug gebracht werden dürfen[66]. Bei den Betreuungs- und Pflegekosten demgegenüber beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die Vorinstanz die mutmasslichen tieferen Fremdbetreuungskosten in Italien herangezogen hat[67].

Bei einer Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland ist – sowohl bei Schweizern als auch bei Ausländern – zu unterscheiden, ob das haftungsbegründende Ereignis letztlich den Umzug ins kostengünstigere Ausland verursacht hat. In einem solchen Fall ist es gerechtfertigt, die im Ausland tieferen Lebenshaltungskosten nicht als Vorteil anzurechnen und die höheren Betreuungs- und Pflegekosten, welche bei einer Beibehaltung des schweizerischen Wohnsitzes entstanden wären, der Schadenberechnung zugrunde zu legen.

3. Eingesparte Lebenshaltungskosten

Als Vorteil zu berücksichtigen sind aber Lebenshaltungskosten, welche die geschädigte Person als Folge ihrer Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit einspart. Insbesondere hat sich die geschädigte Person, welche in einem Heim untergebracht ist, die mutmasslichen Lebenshaltungskosten, welche sie ohne haftungsbegründendes Ereignis gehabt hätte, anrechnen zu lassen.

Vorzeichnet Referenten

65 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.3.1.1.
66 Vgl. Urteil des BGer 4C.412/1998 vom 23. Juni 1999 = Pra 1999 Nr. 171 E. 2c.
67 Ibid. E. 3.

Es ist dabei gerechtfertigt, nicht nur das Existenzminimum zu berücksichtigen, sondern die tatsächlichen Lebenshaltungskosten im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses heranzuziehen[68].

4. Sozialversicherungsleistungen

a) Allgemeines

Die geschädigte Person hat sich schliesslich die sachlich und zeitlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen anrechnen zu lassen, für welche der Sozialversicherungsträger regressiert. Anrechenbar sind insbesondere die Hilflosenentschädigung und der Assistenzbeitrag, welche allerdings nur für Betreuungs- und Grundpflegeleistungen, nicht aber auch für Behandlungspflegeleistungen gewährt werden. Beim Pflegeschaden sind ausschliesslich die Pflegeentschädigungen des Kranken- und Unfallversicherers in Abzug zu bringen[69].

Bei der sozialversicherungsrechtlichen Überentschädigungsberechnung gemäss Art. 69 ATSG werden nicht nur die bei der geschädigten Person tatsächlich entstehenden Kosten und ihr Erwerbsausfall, sondern auch der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen berücksichtigt[70]. Im haftpflichtrechtlichen Kontext demgegenüber werden der tatsächliche Schaden der hilfsbedürftigen Person und die eingesparten Lohnkosten, nicht aber der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen entschädigt. Es besteht deshalb keine Identität zwischen dem sozialversicherungsrechtlich relevanten und dem haftpflichtrechtlich entschädigungspflichtigen Schaden.

Es ist deshalb im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen, ob eine Kürzung der mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen unterblieben ist, weil der Erwerbsausfall der betreuenden und pflegenden Angehörigen berücksichtigt worden ist. Der Betreuungs- und Pflegeschaden ist im Umfang der Überversicherung, welche ohne Berücksichtigung des Erwerbsausfalls der betreuenden und pflegenden Angehörigen eingetreten wäre, zu kürzen,

68 Das Handelsgericht Zürich geht für das Jahr 2001 von einer Einsparung von CHF 1'465 pro Monat und ferner davon aus, dass die Einsparung mit der allgemeinen Teuerung gemäss LIKP steigt (Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 = plädoyer 6/2001, 66 und 1/2002, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI, 44 f.). Für das Jahr 2008 betragen die monatlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz bei tiefen Ansprüchen ca. CHF 2'500 (vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 = SG 2010 Nr. 1634 E. 6.8/c/dd/bbb).

69 Vgl. Art. 7 KLV und Art. 18 UVV.

70 Vgl. BGE 146 V 74 E. 5–8.

Vorexemplar Referenten

da ansonsten die geschädigte Person sowohl Ersatz für die eingesparten Lohnkosten als auch die sozialversicherungsrechtliche Überentschädigung erhalten würde.

Ein zu lösendes Koordinationsproblem besteht auch dann, wenn die betreuenden und pflegenden Angehörigen von einem zugelassenen Leistungserbringer angestellt sind. In einem solchen Fall regressiert der Sozialversicherungsträger für die den betreuenden und pflegenden Angehörigen ausgerichteten Löhne gegenüber dem Haftpflichtigen. Im Rahmen einer Vereinbarung ist festzulegen, ob die geschädigte Person auf die Anstellung der Angehörigen verzichtet oder der Betreuungs- und Pflegeschaden im Umfang der entlöhnten Arbeitsstunden der Angehörigen gekürzt wird.

b) Ergänzungsleistungen

Bei den Ergänzungsleistungen ist zu unterscheiden, ob die geschädigte Person für ungedeckte Betreuungs- und Pflegekosten Versicherungsleistungen erhalten hat. Die Ergänzungsleistungen, welche einer gesundheitlich nicht beeinträchtigten Person für ihre Existenzsicherung gewährt werden, sind von vornherein nicht anrechenbar, da in diesem Fall der sozialversicherungsrechtliche Leistungstatbestand nicht mit dem Haftungstatbestand identisch ist.

Ergänzungsleistungen demgegenüber, welche die versicherte Person als Folge der bei ihr bestehenden Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit erhalten hat, sind mit dem Betreuungs- und Pflegeschaden sachlich kongruent. Die bis zum Berechnungszeitpunkt tatsächlich gewährten pflegerelevanten Ergänzungsleistungen sind deshalb – trotz des nicht bestehenden gesetzlichen Regressrechtes – als anrechenbarer Vorteil beim aufgelaufenen Betreuungs- und Pflegeschaden in Abzug zu bringen. Der zukünftige Betreuungs- und Pflegeschaden ist demgegenüber ungekürzt zu entschädigen, weil der Erhalt des Schadensersatzes zu einem Wegfall der Ergänzungsleistungen führt.

Da seit dem 1. Januar 2021 eine Rückerstattungspflicht gegenüber den Erben der geschädigten Person, welche Ergänzungsleistungen erhalten hat, besteht[71], ist bei der Anrechnung der in der Vergangenheit ausgerichteten pflegerelevanten Ergänzungsleistungen zu entscheiden, ob die Erben der geschädigten Person bei deren Tod rückerstattungspflichtig werden. In Umfang der überwiegend wahrscheinlichen Rückerstattungspflicht ist eine (aufgeschobene) Entschädigung zu leisten.

[71] Vgl. Art. 16a ELG.

Vorexemplar Referenten

Literaturverzeichnis

LANDOLT HARDY, Aktuelles zum Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden. Gleichzeitig eine Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile vom 18.01.2006 (4C.283/2005), 27.03.2007 (4C.413/2006) und 25.05.2010 (4A_500/2009), HAVE 2011, 3 ff. (zit. LANDOLT, Pflege-, Betreuungs- und Besuchsschaden)

DERS., Ersatzpflicht für den Besuchsschaden, in: Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 499 ff. (zit. LANDOLT, Ersatzpflicht)

DERS., Ersatzpflicht für den Selbstversorgungsmehraufwand, Pflegerecht 2019, 217 (zit. LANDOLT, Selbstversorgungsmehraufwand)

DERS., Ersatzpflicht für Selbstversorgungsleistungen?, HAVE 2019, 357 ff. (zit. LANDOLT, Selbstversorgungsleistungen)

SUTER PATRICK, Besuchsschaden – Begründung und Bemessung einer moralischen Verpflichtung, HAVE 2019, 121 ff.

Vorexemplar Referenten

Hardy Landolt*

Entwicklungen bei der Genugtuung

Inhaltsverzeichnis

I.	**Gesetzliche Grundlagen**	**119**
II.	**Anspruchsberechtigung**	**121**
	A. Genugtuungsanspruch von mittelbar geschädigten Personen	121
	B. Staatshaftungsrechtliche Besonderheiten beim Genugtuungsanspruch	124
III.	**Festlegung der Höhe der Genugtuung**	**125**
	A. Billigkeitsgrundsatz	125
	B. Berechnungsmethode	126
	1. Präjudizienvergleichsmethode	126
	2. Zweiphasige Berechnungsmethode	128
	C. Angemessenheit des Genugtuungsbetrages	130
IV.	**Bemessung des Genugtuungsersatzes**	**135**
	A. Reduktions- und Erhöhungsgründe	135
	B. Quotenvorrecht	136
V.	**Art der Genugtuung**	**137**
Literaturverzeichnis		**138**

I. Gesetzliche Grundlagen

Der Genugtuungsanspruch ist das Gegenstück des Schadensersatzanspruchs. Die gesetzlichen Grundlagen stellen Art. 47 und 49 OR. Diese beiden Bestimmungen wurden in den vergangenen Jahrzehnten nie geändert und setzen letztlich die altgermanische Tradition des Wergeldes fort. Die allgemeinen Grundsätze des deliktsrechtlichen Genugtuungsanspruches gemäss Art. 47 und 49 OR gelten auch für die spezialgesetzlichen Haftungstatbestände. Der Gesetzgeber verweist im Zusammenhang mit der Regelung einer spezialgesetzlichen Haftung auf diese beiden Haftungsnormen. Er hat dies insbesondere auch im Zusammenhang mit den Gesetzesänderungen, welche im Verlauf der letzten 20 Jahre ergangen sind, getan.

Ein direkter Verweis auf die zivilrechtliche Genugtuung bzw. Art. 47 und 49 OR hat der Gesetzgeber etwa im Zusammenhang mit dem Erlass des Bundesgesetzes

* Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Vorexemplar Referenten

über die Hilfe für Opfer und Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) von 23. März 2007[1] ebenfalls getan, obwohl der opferhilferechtliche Genugtuungsanspruch betraglich auf CHF 70'000 für das Opfer der Straftat bzw. CHF 35'000 für Angehörige des Opfers begrenzt ist. Der Gesetzgeber hält gleichwohl fest, dass die beiden Bestimmungen von Art. 47 und 49 OR «sinngemäss» anwendbar seien[2].

Dieselbe Vorgehensweise hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Neuregelung des Genugtuungsanspruches im Zusammenhang mit Schäden aus Impffolgen getan. Das neue Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012[3] verweist in gleicher Weise auf die sinngemässe Anwendung von Art. 47 und 49 OR[4]. Der Verweis irritiert insoweit, als die epidemierechtliche Genugtuung wie die opferhilferechtliche Genugtuung ebenfalls maximal CHF 70'000 beträgt[5] und wie diese nur subsidiär geltend gemacht werden kann[6].

Es wäre deshalb nachvollziehbar gewesen, wenn der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der epidemierechtlichen Genugtuung auf die Grundsätze der opferhilferechtlichen Genugtuung verwiesen hätte. Da das Epidemiengesetz explizit keine Angehörigengenugtuung vorsieht, eine solche aber sowohl gestützt auf Art. 49 OR als auch bei Anwendbarkeit des Hilfegesetzes geltend gemacht werden kann, irritiert die sinngemässe Anwendung – egal ob OR oder OHG – in jedem Fall.

Da die Höhe der opferhilferechtlichen Genugtuung degressiv bestimmt wird und der Maximalbetrag nur bei schwersten Verletzungen – anders als bei der zivilrechtlichen Genugtuung, bei welcher Genugtuungsbeträge zwischen CHF 50'000 und 100'000 bereits für mittelschwere Verletzungen gewährt werden – zugesprochen werden kann, ist die sinngemässe Anwendung der Grundsätze der zivilrechtlichen Genugtuung auch in dieser Hinsicht unklar. Eine sinngemässe Anwendung der Grundsätze der zivilrechtlichen Genugtuung würde nämlich bedeuten, dass Personen, welche einen Impffolgeschaden erleiden, welcher einer mittelschweren gesundheitlichen Beeinträchtigung entspricht, den Maximalbetrag beanspruchen könnten.

1 SR 312.5 (am 1. Januar 2009 in Kraft getreten).
2 Vgl. Art. 22 Abs. 1 OR.
3 SR 818.101 (am 1. Januar 2016 in Kraft getreten).
4 Vgl. Art. 65 Abs. 1 EpG.
5 Vgl. Art. 65 Abs. 3 EpG.
6 Vgl. Art. 65 Abs. 4 und Art. 69 Abs. 2 EpG.

Vorexemplar Referenten

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat unlängst in einem gegen die Schweiz ergangenen Entscheid[7] daran erinnert, dass auch die Grundrechte, insbesondere auch die Menschenrechte gemäss der EMRK, Grundlage für Genugtuungsansprüche sein können. Im fraglichen Entscheid kommt der EGMR zum Schluss, dass die Schweiz das Recht auf Leben eines 40-jährigen Mannes in Polizeihaft verletzt hat, indem keine hinreichenden Massnahmen ergriffen worden sind, um den Suizid des Häftlings zu verhindern. Der Gerichtshof sprach der Mutter des Häftlings als Folge der Konventionsverletzung eine Genugtuung von 50'000 Euro zu.

II. Anspruchsberechtigung

A. Genugtuungsanspruch von mittelbar geschädigten Personen

Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist eine Genugtuung nur dann geschuldet, wenn eine Person widerrechtlich in ihrer physischen/psychischen Integrität oder ihrer Persönlichkeit verletzt oder getötet wird[8]. Im letzteren Fall steht den nahen Angehörigen der getöteten Personen wie von alters her die Genugtuung zu. Kantonale Gerichte und das Bundesgericht haben schon früh anerkannt, dass die altehrwürdige Praxis nicht mehr zeitgemäss ist und auch die immaterielle Unbill, welche Angehörige von verletzten Personen erleiden, ersatzfähig sein sollte. Die ältere Praxis hat der immateriellen Unbill, welche die nahen Angehörigen von verletzten Personen erleiden, dadurch Rechnung getragen, dass die Genugtuung der verletzten Person angemessen erhöht worden ist[9].

1986 entschied sich das Bundesgericht dazu, den Angehörigen von schwerstverletzten Geschädigten einen eigenen Genugtuungsanspruch zuzuerkennen[10]. Voraussetzung ist, dass die nahen Angehörigen von verletzten Personen eine vergleichbare immaterielle Unbill erleiden, wie sie bei den nahen Angehörigen im Fall der widerrechtlichen Tötung üblicherweise eintritt.

Vorexemplar Referenten

7 Urteil des EGMR 23405/16 vom 30. Juni 2020.

8 Vgl. Art. 47 und 49 OR.

9 Vgl. BGE 108 II 422 E. 5.

10 Vgl. BGE 112 II 220 E. 2.

Verstirbt die verletzte Person und sind die Genugtuungsansprüche noch nicht reguliert, erben die nahen Angehörigen, welche gleichzeitig die gesetzlichen Erben sind, die Genugtuung der verstorbenen Person, sind aber gleichwohl berechtigt, in eigenem Namen eine (reduzierte) Genugtuung zu fordern[11].

Die jüngste Rechtsprechung bejaht zudem einen Haftungsanspruch von schockgeschädigten Angehörigen, sofern die konkreten Umstände erfahrungsgemäss geeignet sind, eine posttraumatische Belastungsstörung herbeizuführen[12]. Anspruchsberechtigt sind insbesondere die Eltern eines getöteten Verkehrsunfallopfers, welche das Unfallereignis selber miterlebt haben[13] oder denen die Unfallnachricht von der Polizei mitgeteilt worden ist[14]. Nicht schadenersatzberechtigt ist demgegenüber der Ehemann eines Verkehrsunfallopfers, wenn dieser aufgrund einer Überbelastung, welche im Zusammenhang mit der Betreuung und Pflege der verletzten Ehefrau eingetreten ist, arbeitsunfähig wird[15].

Es ist widersprüchlich, bei nahen Angehörigen von schwer verletzten Personen zwar einen Genugtuungsanspruch, nicht aber einen Schadensersatzanspruch zu bejahen, wenn die Unfallfolgen mittelbar zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung bei nahen Angehörigen führen. Der jeweilige Haftungstatbestand ändert seine haftungsbegründende Wirkung nicht, wenn statt Art. 47/49 Art. 46 OR betroffen ist. Es wäre deshalb angebracht, wenn nahe Angehörige als mittelbar direktgeschädigte Personen qualifiziert werden würden und sie für ihre eigene immaterielle Unbill und den allenfalls bei ihnen als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses verursachten materiellen Schaden Ersatz verlangen könnten.

Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nie dazu geäussert, ob die Praxis der Ersatzfähigkeit von Schockschäden einen Genugtuungs- und gegebenenfalls auch einen Schadensersatzanspruch von Rettungs- und Polizeikräften sowie von Unfallzeugen begründet. Die deutsche Rechtsprechung verneint einen Schmerzensgeldanspruch von Rettungs- und Polizeikräften, wenn diese selbst nicht unmittelbar am Verkehrsunfall beteiligt gewesen sind. Kein Genugtuungsanspruch steht insbesondere Polizeibeamten zu, welche den eigentlichen Unfall – es handelte sich um eine Frontalkollision zwischen einem Geisterfahrer und einem Motorfahrzeug, in welchem sich eine vierköpfige Familie befand – nicht miterlebt,

11 Vgl. BGE 118 II 404 E. 3a.

12 Vgl. BGE 138 III 276 E. 2 f. und 112 II 118 E. 6.

13 Vgl. BGE 112 II 118 E. 6.

14 Vgl. BGE 138 III 276 E. 4.

15 Vgl. BGE 142 III 433 E. 4.

Vorexemplar Referenten

aber auf der Unfallstelle versucht haben, die Unfallopfer aus den brennenden Fahrzeugen zu befreien[16]. Ebenso wurde ein Schmerzensgeldanspruch bei einem Feuerwehrmann verneint, der an der Love-Parade in Duisburg im Einsatz war, als mehrere Menschen getötet und verletzt wurden, die Geschehnisse um die Opfer aber selbst nicht wahrgenommen hat[17].

Ein Genugtuungsanspruch wird bei Rettungs- und Polizeikräften nur bejaht, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung – in der Regel eine posttraumatische Störung – durch einen Umstand verursacht worden ist, der sich ausserhalb des tätigkeitsspezifischen Risikobereichs verwirklicht hat. Eine derartige Konstellation liegt beispielsweise vor, wenn der Leiter einer Freiwilligen Feuerwehr zu einem Verkehrsunfall auf einer Autobahn gerufen wird und sich, nachdem er das Dienstfahrzeug hinter mehreren bereits eingetroffenen Rettungsfahrzeugen abgestellt hatte und aussteigt, nur noch durch einen Sprung zur Seite vor einer Kollision mit einem nahezu ungebremst auf die Fahrzeugkolonne zufahrenden Sattelschlepper mit Auflieger retten kann. Tritt in der Folge eine posttraumatische Belastungsstörung auf, ist diese eine mittelbare Folge des Verkehrsunfalles[18].

Das Unterscheidungskriterium des tätigkeitsspezifischen Risikobereichs mag bei Rettungs- und Polizeikräften eine Berechtigung haben, kann aber bei schockgeschädigten Unfallzeugen und auch bei den schockgeschädigten Angehörigen nicht angewendet werden. Ob eine restriktivere Praxis bei Rettungs- und Polizeikräften gerechtfertigt ist, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Das Bundesgericht wird sich bei einer sich bietenden Gelegenheit dazu äussern. Nach der Meinung des Verfassers dieser Zeilen wäre es – insbesondere im Geltungsbereich der Gefährdungshaftung, welcher keine widerrechtliche Verhaltensweise Voraussetzung für die Haftungsbegründung ist – gerechtfertigt, wenn mittelbar von der verwirklichten Betriebsgefahr oder der gefährlichen Handlung gesundheitlich beeinträchtigte Personen ebenfalls als genugtuungsberechtigt qualifiziert würden. Der Umstand, dass bestimmte Personen – beispielsweise Lokomotivführer – von Berufs wegen häufiger mit Verkehrsunfällen konfrontiert werden, rechtfertigt es nicht, ein Genugtuungsanspruch zu verweigern.

Vorexemplar Referenten

16 Vgl. Urteil des BGH VI ZR 17/06 vom 22. Mai 2007 = NJW 2007, 2764 E. II/2/b/aa.

17 Vgl. Urteil des OLG Düsseldorf 18 U 1/16 vom 7. Juni 2016.

18 Vgl. Urteil des LG Darmstadt 8 O 132/18 vom 15. März 2019.

B. Staatshaftungsrechtliche Besonderheiten beim Genugtuungsanspruch

Sowohl im Bundesrecht[19] als auch teilweise im kantonalen Staatshaftungsrecht[20] wird im Zusammenhang dem Genugtuungsanspruch von der Kausalhaftung abgewichen und ein Ersatzanspruch für die von einem staatlichen Funktionär widerrechtlich verursachte immaterielle Unbill nur dann bejaht, wenn ihm ein Verschulden vorgeworfen werden kann[21]. Einzelne Kantone gehen noch einen Schritt weiter und machen auch den Schadensersatzanspruch – für bestimmte Haftungstatbestände – von einem qualifizierten Verschulden abhängig[22]. Die privatrechtliche Haftungsordnung demgegenüber kennt – in Übereinstimmung mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot – keine derartigen qualifizierten Haftungsvoraussetzungen.

Vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes stellt sich in diesen beiden Fällen die Frage, ob der Bund und die Kantone berechtigt sind, im Vergleich zur privatrechtlichen Haftungsordnung generell strengere bzw. für den materiellen und den immateriellen Schaden ungleiche Haftungsvoraussetzungen vorzusehen. Das Bundesgericht hat in einem konkreten Anwendungsfall, der das Zuger Staatshaftungsrecht betraf, erwogen, dass aus einer aktuellen, geltungszeitlichen Sicht sich nicht begründen lasse, weshalb die Persönlichkeit als solche in der schweizerischen Rechtsordnung weniger geschützt sein sollte als Vermögensinteressen[23], die Bundesrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernis für den staatshaftungsrechtlichen Genugtuungsanspruch aber offengelassen, weil im konkreten Fall ein Verschulden vorlag.

Während die bundesgesetzliche Regelung von Art. 6 VG trotz ihrer Verfassungswidrigkeit gilt[24], ist die Frage der verfassungsmässigen Zulässigkeit des ausnahmsweisen Verschuldenserfordernisses beim immateriellen Schaden gemäss den vereinzelt noch bestehenden kantonalen Staatshaftungsgesetzen gestellt. Genauso ist fraglich, ob Bund und Kantone berechtigt sind, generell strengere

19 Vgl. Art. 6 Abs. 1 VG.

20 Siehe z.B. BGE 133 III 462 = Pra 2008 Nr. 27 E. 4.1; 115 Ib 175 E. 2a; 113 Ib 420 E. 1 und 112 Ib 320 E. 6.

21 Siehe den Anwendungsfall Urteil des BGer 4A_549/2015 vom 27. Juli 2016 (Lähmungserscheinungen nach Medikamententest).

22 Vgl. z.B. § 3 Abs. 3 f., Gesetz über die Haftung des Kantons und der Gemeinden (Haftungsgesetz) vom 24. April 2008 des Kantons Basel-Landschaft.

23 Vgl. Urteil des BGer 2A.350/2003 vom 5. August 2004 E. 5.4.1.

24 Art. 146 BV statuiert eine allgemein anwendbare Kausalhaftung.

Vorexemplar Referenten

Haftungsvoraussetzungen vorzusehen bzw. sich Haftungsprivilegien zu gewähren, welche für Private nicht gelten. Ob dafür vernünftige Gründe, welche eine Ungleichbehandlung rechtfertigen[25], bestehen, erscheint zweifelhaft. Wieso sollen Privatpersonen für dasselbe Verhalten strenger haften als der Staat? Wieso sollen staatliche Funktionäre, wenn sie lediglich leichtfahrlässig Amtspflichten verletzen, keine Haftung begründen?

Im Geltungsbereich der privatrechtlichen Delikts- und Vertragshaftung besteht keine derartige Ausnahme, wonach erst eine wesentliche Vertragsverletzung oder eine wesentliche Sorgfaltspflichtverletzung eine Haftung auslösen würde. Die ältere Rechtsprechung bejahte zwar ein Haftungsprivileg, indem der Arzt nur für eigentliche «Kunstfehler» haftete[26]. Bloss leichtfahrlässiges Verhalten eines Arztes begründete noch keine Haftung. Die neuere Rechtsprechung hat dieses Haftungsprivileg abgeschafft[27].

Art. 49 Abs. 1 OR, der den Genugtuungsanspruch nach einer Persönlichkeitsverletzung von einer besonderen Schwere abhängig macht, erinnert an die früheren Haftungsprivilegien. Die Bedeutung des fraglichen Gesetzeswortlautes besteht letztlich nur darin, den Genugtuungsanspruch bei Bagatellverletzungen, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens nicht geeignet sind, eine immaterielle Unbill herbeizuführen, auszuschliessen[28]. Insoweit betrifft das Erfordernis der besonderen Schwere der Persönlichkeitsverletzung lediglich den adäquaten Kausalzusammenhang und stellt kein Erfordernis einer besonders qualifizierten Widerrechtlichkeit oder Vertragsverletzung dar.

III. Festlegung der Höhe der Genugtuung

A. Billigkeitsgrundsatz

Die Berechnung der Genugtuung hat nach der Rechtsprechung einzelfallweise zu erfolgen und die gesamten Umstände zu berücksichtigen[29], weshalb nicht – wie in

25 Statt vieler BGE 142 V 577 E. 4.2.

26 Vgl. z.B. BGE 105 II 284 E. 1 und 57 II 196 E. 3.

27 Statt vieler BGE 133 III 121 = Pra 2007 Nr. 105 E. 3.1; 116 II 519 = Pra 1991 Nr. 72 E. 3a; 115 Ib 175 = Pra 1989 Nr. 251 E. 2b und 113 II 429 = Pra 1988 Nr. 16 E. 3a–e sowie Urteil des BGer 4C.66/2007 und 4A_382/2007 vom 9. Januar 2008 E. 4.1.

28 Statt vieler BGE 129 III 715 E. 4.4.

29 Vgl. BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9b; 97 V 103 E. 3 und 90 II 184 E. 2.

Vorexemplar Referenten

der Unfallversicherung – die Tarif-, sondern die Einzelfallmethode zur Anwendung gelangt[30]. Das Bundesgericht betont, dass die Festsetzung der Höhe der Genugtuung eine Entscheidung nach Billigkeit sei und die Bemessung der Genugtuung nicht nach schematischen Massstäben erfolgen dürfe[31].

Für die einzelfallweise Festlegung der Genugtuungssumme sind folgende Kriterien massgeblich:

- Art und Schwere der Verletzung,
- Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen,
- der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen,
- ein allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie
- die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags[32].

B. Berechnungsmethode

1. Präjudizienvergleichsmethode

In der Regel wird die Präjudizienvergleichsmethode herangezogen. Das Bundesgericht betont, dass sich aus Präjudizien durch Vergleich Anhaltspunkte für die Beurteilung der Angemessenheit der Festlegung des Genugtuungsbetrages gewinnen liessen[33]. Anhand bereits beurteilter vergleichbarer Fälle wird die Höhe des Genugtuungsbetrags im Einzelfall unter Würdigung der konkreten Umstände festgesetzt.

Die Anzahl der zum Vergleich herangezogenen Präjudizien variiert beträchtlich[34]. Das Bundesgericht verlangt, dass die zum Vergleich herangezogenen Präjudizien

30 Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 und BGE 127 IV 215 E. 2e.

31 Statt vieler BGE 132 II 117 E. 2.2.3.

32 Statt vieler BGE 132 II 117 2.2.2; 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9b und 112 II 131 E. 2.

33 Vgl. z.B. BGE 127 IV 215 E. 2e und BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

34 Siehe z.B. BGE 134 III 97 E. 3.3 (drei Präjudizien); 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 3 (sechs Präjudizien) und 96 II 218 E. 8b (acht Präjudizien) und Urteile des BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.4 (ein Präjudiz); 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004 = Pra 2004 Nr. 144 E. 2.2 (sechs Präjudizien); 6S. 334/2003 vom 10. Oktober 2003 E. 5.2 (fünf Präjudizien); 4C.167/2000 vom 28. September 2000 E. 5d (vier Präjudizien); 4C.123/1996 vom 21. Oktober 1997 = SG 1997 Nr. 1262 E. 3b/bb und cc (elf Präjudizien) und 4C.407/1994 vom 19. Dezember 1995 = SG 1995 Nr. 1059 E. 4 (sieben Präjudizien).

Voexemplar Referenten

zeitlich nicht weit zurückliegen[35] und zudem sorgfältig verglichen werden[36]. Präjudizien die mehr als 25 Jahre zurückliegen, dürfen nur noch bedingt berücksichtigt werden[37]. Die herangezogenen früheren Präjudizien sind dem jeweiligen Teuerungsanstieg bis zum Berechnungszeitpunkt anzupassen[38], da ansonsten eine Erosion der realen Genugtuung erfolgt.

Das Bundesgericht übt grosse Zurückhaltung bei der Überprüfung der von den kantonalen Tatsachengerichten im Rahmen eines Präjudizienvergleichs zugesprochenen Genugtuungssummen und beschränkt sich letztlich auf eine Willkürprüfung[39]. Eine Abweichung um 25% von vergleichbaren Präjudizien ist zwar «an der unteren Grenze des noch Haltbaren», aber nicht willkürlich[40]. Eine Erhöhung um die Hälfte ist demgegenüber willkürlich[41].

Die Heranziehung von vergleichbaren Präjudizien ist spätestens seit dem Inkrafttreten des Opferhilfegesetzes zu relativieren. Die opferhilferechtliche Genugtuung beträgt maximal CHF 70'000 für das Opfer der Straftat und CHF 35'000 für seinen nahen Angehörigen[42]. Diese maximalen Beträge werden als Folge des Degressionsgebotes nur in den schwersten Fällen zugesprochen, weshalb letztlich ein Präjudizienvergleich nicht mehr möglich ist bzw. nur noch Präjudizien gemäss OR oder OHG miteinander verglichen werden dürfen. Dieser grundsätzliche Unterschied wird aber in den Genugtuungsurteilen aussen vor gelassen, in welchen sowohl die deliktsrechtliche als auch die opferhilferechtliche Genugtuungspraxis miteinander vermischt werden.

Bei der Vergewaltigungsgenugtuung etwa ist unübersehbar, dass die opferhilferechtliche Genugtuung mitunter höher als die deliktsrechtliche Genugtuung ist[43].

35 Vgl. Urteil des BGer 4C.150/2004 vom 2. August 2004 E. 5.2.

36 Vgl. BGE 97 V 103 E. 3.

37 Vgl. Urteil des BGer 6S.232/2003 vom 17. Mai 2004 = Pra 2004 Nr. 144 E. 2.2.

38 Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997 Nr. 2 E. IX und vom 15. November 1984 = SJZ 1985, 374 = ZR 1985 Nr. 80 E. 3a; ablehnend Urteil des BGer 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 6.2.

39 Statt vieler BGE 123 II 210 E. 2c.

40 Vgl. Urteil des BGer 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 6.2.

41 Vgl. Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 6.2.

42 Vgl. Art. 23 Abs. 2 OHG.

43 Im Entscheid 1C_165/2014 vom 10. Dezember 2014 beanstandete das Bundesgericht nicht, dass die opferhilferechtliche Genugtuung bei einem Vergewaltigungsopfer auf CHF 19'500 festgelegt wurde. Dasselbe Gericht betonte zehn Jahre zuvor, dass die deliktsrechtliche Genugtuung in einem Vergewaltigungsfall zwischen CHF 15'000 und CHF 20'000 liege (vgl. Urteil des BGer 6P.74/2004 und 6S.200/2004 vom 14. Dezember

Vorexemplar Rotzenten

Wird im Zusammenhang mit der Festlegung der Höhe der deliktsrechtlichen Genugtuung unbesehen auf die opferhilferechtliche Praxis verwiesen, reduziert sich die Genugtuungssumme unweigerlich. Es entsteht dabei ein Kreislauf, der die Genugtuungsbeträge sowohl gemäss OR als auch gemäss OHG kontinuierlich senkt. Es ist deshalb zu hoffen, dass die zukünftige Praxis vermehrt auf objektive Kriterien abstellt und nachvollziehbar begründet wird, welche Umstände in welchem Umfang bei der Festlegung der Höhe der Genugtuung berücksichtigt worden sind.

2. Zweiphasige Berechnungsmethode

Das Bundesgericht betont zwar, dass Genugtuungstarife unzulässig seien, lässt aber die zweiphasige Berechnungsmethode in jüngster Zeit sowohl bei der Verletzten-[44] als auch bei der Angehörigengenugtuung[45] zu. Als Basisverletztengenugtuung bieten sich die Integritätsentschädigung der Unfallversicherung oder die Integritätsentschädigung der Militärversicherung an. In den Fällen, in denen keine Integritätsentschädigungswerte greifbar sind, ist die Basisgenugtuung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen[46].

Die Basisgenugtuung entspricht weder der doppelten Integritätsentschädigung der Unfallversicherung[47] noch der Integritätsentschädigung der Militärversicherung[48]. Anerkannt wird demgegenüber, dass die einfache Integritätsentschädigung der

2004 E. 11.2), beanstandet in Vergewaltigungsfällen aber die Zusprache von Genugtuungssummen von CHF 20'000 oder weniger bis in die jüngste Zeit nicht (siehe z.B. Urteil des BGer 6B_957/2016 und 6B_1022/2016 vom 22. März 2017).

44 Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 (CHF 50'000 Basisgenugtuung für paraplegieähnliche Verletzungen) und Urteil des BGer 4C.103/2002 vom 16. Juli 2002 = Assistalex 2002 Nr. 9368 E. 5 (CHF 100'000 Basisgenugtuung für Paraplegie) sowie Urteil des BGer 6B_1145/2018, 6B_1157/2018 vom 28. Mai 2019 E. 3.1; Urteil des BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.3; Urteil des Obergerichts Luzern 11 04 163 vom 27. September 2006 = SG 2008 Nr. 1612 = HAVE 2007, 35 E. 14 (CHF 106'800 Basisgenugtuung für schweres Schädel-Hirn-Trauma); Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 40-03/507/NOD vom 8. Juni 2004 = SG 2004 Nr. 1568 E. 12 (CHF 20'000 Basisgenugtuung für Schleudertrauma) und Urteil des Kantonsgerichts Schwyz KG 336/95 und KG 356/95 vom 26. April 1997 = plädoyer 5/1997, 67 = SG 1997 Nr. 1211 = SVZ 1998, 271 (CHF 100'000 für schweres Schädel-Hirn-Trauma).

45 Vgl. Urteile des BGer 6B_714/2013 vom 25. März 2014 E. 4.2; 4A_423/2008 vom 12. November 2008 E. 2.1; 1C_106/2008 vom 24. September 2008 E. 3 und 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 4.2.1 f.

46 Vgl. z.B. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich OH.2010.00001 vom 14. Juni 2011 E. 5.2.

47 Vgl. Urteil des BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2 und ZK-LANDOLT, N 108 ff. zu Art. 47 OR.

48 Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.4.

Vorexemplar Referenten

Unfallversicherung als Basisgenugtuung herangezogen werden darf[49]. Die Integritätsentschädigung ist aber nur ein Richtwert, der im Verhältnis zu anderen massgeblichen Bemessungskriterien unterschiedlich gewichtet werden kann[50].

In der Regel[51] werden Gesamtgenugtuungssummen zugesprochen, die höher als die UVG-Integritätsentschädigung bzw. Basisgenugtuung sind[52]. Die bei schwersten Körperverletzungen zugesprochenen Genugtuungssummen liegen teuerungsbereinigt zwischen CHF 200'000 und CHF 300'000[53]. Die Gesamtgenugtuung bei schwersten Körperverletzungen entspricht insoweit der doppelten UVG-Integritätsentschädigung, die aktuell CHF 148'200 ausmacht[54], und indiziert einen Zuschlag von 100% zur Basisgenugtuung.

Die derzeitige Praxis ist in Bezug auf die Zuschläge zur Basisgenugtuung noch zu wenig transparent. Es besteht letztlich keine Klarheit dahingehend, welche Umstände dazu berechtigen, die Basisgenugtuung zu erhöhen. Ebenso lässt sich anhand der tatsächlich zugesprochenen Genugtuungssummen im Vergleich zur jeweiligen Integritätsentschädigung nur feststellen, dass die höchsten Genugtuungssummen, wenn diese der Teuerung angeglichen werden, bei CHF 300'000 liegen[55].

Da aktuell die maximale Integritätsentschädigung CHF 148'200 ausmacht[56], bedeutet dies, dass die Zuschläge insgesamt maximal eine Verdoppelung der Basisgenugtuung rechtfertigen. Welche Umstände aber in einem konkreten Fall gege-

49 Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.2.3 sowie Urteile des BGer 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 E. 7.3; 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2 und 4C.123/1996 vom 21. Oktober 1997 = SG 1997 Nr. 1262 E. 3b/aa.

50 Vgl. Urteil des BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 5.2.

51 Ausnahmsweise liegt die Genugtuung trotz fehlenden Selbstverschuldens unter der Integritätsentschädigung, siehe z.B. Urteile des Obergerichts Zürich vom 25. April 2008 = NZZ vom 23. September 2005, 58, und NZZ vom 26. April 2008, 59 (Genugtuung nach brutalem Foul im Eishockey von CHF 10'000 liegt unterhalb Integritätsentschädigung von CHF 21'400) und Urteil des Amtsgerichts Luzern-Land 119929 UZ 010 vom 31. Dezember 2002 = SG 2002 Nr. 1550 E. 11.3.

52 Statt vieler BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9a; Urteile des BGer 4A_206/2014 und 4A_236/2014 vom 18. September 2014; 4C.60/1998 vom 20. Juli 1998 = SG 1998 Nr. 1316 E. 4 und 4C.407/1994 vom 19. Dezember 1995 = SG 1995 Nr. 1059 E. 4 sowie Urteil des Tribunale d'appello Ticino vom 15. September 1998 = Rep 1998, 247 E. 6.3; Urteil des Obergerichts Zürich vom 8. Dezember 1995 = ZR 1997 Nr. 2 E. IX und Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 10. August 1995 = plädoyer 5/1995, 67.

53 Siehe dazu LANDOLT, Gesamtdarstellung, Tabelle 10.

54 Vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV.

55 Vgl. dazu LANDOLT, Genugtuungsrecht, Tabelle 10, Rz. 503.

56 Vgl. Art. 22 Abs. 1 UVV.

Vorexemplar Referenten

ben sein müssen, damit Anspruch auf die doppelte Basisgenugtuung besteht, ist anhand der Genugtuungspraxis letztlich nicht ableitbar, da die Gerichte sich zu wenig Mühe geben, die konkreten Faktoren, welche im Zusammenhang mit der Festlegung der Genugtuungssumme berücksichtigt worden sind, zu benennen.

C. Angemessenheit des Genugtuungsbetrages

Vor allem bei jungen Geschädigten fällt auf, dass diese nur geringfügig höhere Genugtuungssummen als ältere Personen erhalten. Als Folge des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbotes aufgrund des Alters[57] ist diese Praxis zu kritisieren. Es mag schon so sein, dass die Verletzungsfolgen von jungen Personen besser verarbeitet und kompensiert werden können, gleichwohl rechtfertigt die bessere Angewöhnung und Anpassung eine derartige Ungleichbehandlung nicht. Im Entscheid 134 III 97 wurde beispielsweise einer 19-jährigen Motorradfahrerin, welche 1990 anlässlich eines Verkehrsunfalles schwere Kopf- und Hirnverletzungen mit bleibenden Schäden erlitt, eine Integritätsentschädigung von CHF 81’600 zugesprochen.

Der Motorfahrzeughaftpflichtversicherer bezahlte im Dezember 2003 unter dem Titel Genugtuung zusätzlich einen Betrag von CHF 150’000, mit welchem nicht nur der Zuschlag zur Integritätsentschädigung, sondern auch der Zins von 5% für 13 Jahre abgegolten wurde. Werden die Zinsen nicht berücksichtigt, ergibt sich ein Zuschlag von rund CHF 56’000, was etwa 69% der Basisgenugtuung entspricht. Es wäre überaus lehrreich gewesen, vom kantonalen Gericht bzw. vom Bundesgericht zu erfahren, warum bei einem derart jugendlichen Alter des Verkehrsunfallopfers lediglich 70% der Basisgenugtuung als Zuschlag berücksichtigt worden sind.

Zudem macht der fragliche Entscheid ein weiteres Problem offensichtlich: Bezogen auf die Vergangenheit wird der im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses massgebliche Genugtuungsbetrag bis zum Urteilstag mit 5% Zins aufgewertet[58], im Zusammenhang mit dem Präjudizienvergleich aber betont, dass kein Anspruch darauf besteht, ein früheres Präjudiz in einem vergleichbaren Fall der seitherigen Teuerung anzupassen[59].

57 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

58 Vgl. BGE 129 IV 149 E. 4.2.

59 Vgl. Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 6.

Vorexemplar Referenten

Warum im Zusammenhang mit der Anpassung des im Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses geschuldeten Genugtuungsbetrages bis zum Urteilszeitpunkt eine Aufzinsung von 5% erfolgt, bei einer Aufwertung des Genugtuungsbetrages, der für ein späteres haftungsbegründendes Ereignis geschuldet wird, aber nicht einmal eine Anpassung und die seither eingetretene Teuerung zu erfolgen hat, ist mehr als nur erklärungsbedürftig. Die Anpassung eines Genugtuungsbetrages an die Zukunft sollte einheitlich sein. Es wäre letztlich konsequent, nicht nur die Teuerung, sondern eine Verzinsung von 5% zu berücksichtigen, wie sie vom Bundesgericht für die Festlegung der im Urteilszeitpunkt geschuldeten Genugtuung massgeblich ist.

Dies hätte etwa für den vorerwähnten Fall der 19-jährigen Motorradfahrerin bedeutet, dass die im Unfallzeitpunkt (3. Juni 1990) geschuldete Genugtuung von CHF 137’600 unter Berücksichtigung einer Verzinsung von 5% per Dezember 2020 auf CHF 344’000 angestiegen wäre, während bei einer Berücksichtigung der Teuerung lediglich ein Betrag von CHF 180’052 resultiert hätte (siehe nachfolgende Grafik).

Diese Wertungswidersprüche werden von den Gerichten nicht thematisiert, sondern unter Hinweis auf den Ermessenscharakter der Genugtuungsfestlegung unter den Teppich gekehrt. Konsequenz dieser Praxis ist letztlich eine laufende Erosion der Genugtuungssummen, da die jährliche Teuerung nicht 5% entspricht und zudem nicht automatisch ausgeglichen wird.

Indexperiode

Startdatum	Enddatum
06.1990	**11.2020**

Betrag

Ursprünglicher Betrag	Bereinigter Betrag
137’600 CHF	**180’052 CHF**

Index (Indexbasis: 12.1982=100)

Startwert	Endwert
120.9 Punkte	**158.2 Punkte**

Veränderungsrate ⓘ

+30.9%

Vorexemplar Referenten

Diese Erosion der Genugtuungssummen wird zusätzlich verstärkt, wenn in einem konkreten Fall im Rahmen der ermessensweisen Festlegung die Entscheide zur (tieferen) opferhilferechtlichen Genugtuung, welche zudem nicht aufgezinst wird[60], in Betracht gezogen werden.

Es erstaunt deshalb nicht, dass in rechtsvergleichende Hinsicht die schweizerische Genugtuungspraxis negativ auffällt. Ein Vergleich der in der Schweiz für schwerste Körperverletzungen zugesprochenen Genugtuungen mit den Beträgen, die in den Nachbarländern gewährt werden, offenbart, dass das schweizerische Genugtuungsniveau sehr tief ist[61]. Das schweizerische Genugtuungsniveau war gemäss SZÖLLÖSY bereits in den 90er Jahren das zweittiefste von insgesamt 13 europäischen Staaten[62]. Das Bundesgericht macht es sich dabei aufgrund der vorstehend geschilderten Wertungswidersprüche zu einfach, wenn es rechtsvergleichende Hinweisen auf das generell tiefe Niveau der Körperverletzungsgenugtuung als unbeachtlich abqualifiziert[63].

Die unterbliebene Anpassung an die seitherige Teuerung bzw. unterbliebene Verzinsung hat dazu beigetragen, dass das schweizerische Genugtuungsniveau im Vergleich zu den Nachbarländern je länger je mehr abfällt. In Deutschland beispielsweise wurde der Witwe und den beiden Kindern eines 50-jährigen Patienten, welcher infolge eines Ärztefehlers verstarb, im Jahr 2019 ein Schmerzensgeld von insgesamt 500'000 € zugesprochen[64]. In Körperverletzungsfällen sind bei jungen Geschädigten, welche schwer verletzt werden, Genugtuungssummen über 800'000 € Realität[65]. Berücksichtigt man zusätzlich den Umstand, dass in Deutschland für die Kapitalisierung des Schmerzensgeldes lediglich ein Zins von 1% berücksichtigt wird[66], während in der Schweiz ein Kapitalisierungszins von 3,5% abgezogen wird, verdeutlicht dies, wie rigide die schweizerische Praxis ist.

60 Vgl. BGE 132 II 117 E. 3.

61 Weiterführend ZK-LANDOLT, N 213 ff. zu Art. 47 OR.

62 Vgl. SZÖLLÖSY, 89 ff.

63 Vgl. Urteil des BGer 4A_157/2009 vom 22. Juni 2009 E. 4.3.

64 Vgl. Urteil des BGH VI ZR 355/18 vom 12. März 2019.

65 Vgl. z.B. Urteil des OLG Oldenburg 5 U 196/18 vom 18. März 2020 (€ 800 000 für 5-jähriges Kind, das durch eine fehlerhafte Behandlung im Krankenhaus den Verlust beider Unterschenkel jeweils knapp unter dem Kniegelenk sowie insgesamt schwerste körperliche Beeinträchtigungen erlitten hatte).

66 Ibid.

Vorexemplar Referenten

Rechnet man die bei schweren Körperverletzungen gewährten Genugtuungskapitalien um, ergeben sich Tagesansätze von rund CHF 20[67]. Opfer von Persönlichkeitsverletzungen erhalten für vorübergehende Verletzungen höhere Tagesansätze als Schwerstverletzte und dauerhaft Verletzte. Die Tagesansätze bei den Haftgenugtuungen liegen beispielsweise zwischen CHF 100 und CHF 300[68]. Es ist sachlich nicht nachvollziehbar, weshalb der vorübergehende Entzug der Bewegungsfreiheit von gefangenen Personen höher entschädigt werden sollte als der (lebenslängliche) Verlust der Gehfähigkeit von verletzten Personen. Da es sich beim Umstand einer Behinderung um eine diskriminierungsrelevante Eigenschaft handelt[69] und vergleichbare Sachverhalte nach dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot gleich zu behandeln sind, erweist sich die derzeitige Praxis zur Körperverletzungsgenugtuung als verfassungswidrig.

Sodann besteht ein Wertungswiderspruch zwischen der militärversicherungsrechtlichen Integritätsentschädigung und der haftpflichtrechtlichen Genugtuungspraxis. Letztere lässt maximal Genugtuungssummen bis CHF 300'000 zu, während die militärversicherungsrechtliche Integritätsentschädigung pro Jahr CHF 20'940 beträgt[70], was einem Tagessatz von CHF 57 entspricht und kapitalisiert einen Betrag von über CHF 500'000 ergeben kann[71]. Der Schweizerische Anwaltsverband forderte nicht zuletzt vor diesem Hintergrund bereits 2001 bei schweren Körperverletzungen höhere Genugtuungssummen[72]. Er schlägt eine (kumulative) Aufsplittung der Genugtuung in eine Integritätsentschädigung, ein Schmerzensgeld und eine Entschädigung für entgehende Lebensfreude vor, ferner – für allerschwerste Fälle – die Normierung einer Zusprechung von Genugtuungsrente nebst Kapitalbetrag und

67 In BGE 134 III 97 E. 4.3 wurde einer 19-jährigen Geschädigten, die schwere Kopf- und Hirnverletzungen mit bleibenden Schäden erlitten hat, ein Betrag von CHF 221'600 zugesprochen, was einem Tagessatz von rund CHF 20 entspricht. Siehe ferner die in Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 6.1 erwähnten Beispiele.

68 Statt vieler z.B. Urteile des BGer 6B_574/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.3; 6B_170/2009 vom 3. September 2009 E. 2.4 und 6C_2/2008 vom 24. März 2009 E. 2.

69 Art. 8 Abs. 2 BV.

70 Vgl. Art. 25 Abs. 3 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 MVV.

71 Siehe dazu z.B. BGE 117 V 71 E. 7 (zugesprochener Barwert der Integritätsrente CHF 648'946).

72 Vgl. Vernehmlassung zum Vorentwurf eines Gesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vom 18. Juni 2001 <www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/haftpflichtrecht-06_2001.pdf>, besucht am 09.02.2021.

Vorexemplar Referenten

die explizite gesetzliche Nennung einer Maximalgenugtuung bei Körperverletzung in Höhe des 10-fachen Betrages des Durchschnittslohnes eines Arbeitnehmers, was rund CHF 600'000 bis 700'000 ausmacht und zur Folge hätte, dass die Haftpflichtprämien um 3% erhöht werden müssten[73].

Das Bundesgericht weigert sich beharrlich, die aktuelle Genugtuungspraxis bei schweren Körperverletzungen nach oben anzupassen. Das Bundesgericht ist zwar bereit, die unfallversicherungsrechtliche Integritätsentschädigung als Basisgenugtuung heranzuziehen, hat aber die Forderung, die zivilrechtliche Genugtuung analog der militärversicherungsrechtlichen Integritätsentschädigung zu bestimmen, abgelehnt. Als Begründung weisen die Bundesrichter darauf hin, dass im Bereich der Militärversicherung eine Spezialregelung bestehe und die versicherte Person im Rahmen der Wehrpflicht besonderen Risiken ausgesetzt sei, die im Versicherungsfall eine grosszügige Entschädigung rechtfertige[74].

Dass diese besonderen Risiken die immaterielle Unbill, welche ein Zivilist bei einer vergleichbaren Verletzung erleidet, nicht erhöhen, verschweigt das Bundesgericht. Es spielt letztlich keine Rolle, ob das schwere Schädel-Hirn-Trauma oder die Tetraplegie, um nur zwei der schwersten Körperverletzungen zu nennen, bei Gelegenheit der Ausübung des Militärdienstes oder bei der Erfüllung von alltäglichen Lebensverrichtungen verursacht worden ist. Es widerspricht zudem dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot, wenn ein Militärangehöriger eine höhere Genugtuung erhält, nur weil er Militärangehöriger ist. Im Gegenteil wird die immaterielle Unbill von Personen, welche von der Militärversicherung gedeckt sind, insoweit abgeschwächt, als die Versicherungsleistungen gemäss MVG im Vergleich zu den anderen Sozialversicherungsleistungen besser sind.

Abgelehnt wird sodann, die Genugtuungskapitalien im prozentualen Verhältnis, wie die unfallversicherungsrechtliche Integritätsentschädigung erhöht wird, anzupassen[75]. Das Bundesgericht bekennt sich zwar mitunter dazu, bei schweren Verletzungen höhere Genugtuungsbeträge zuzusprechen[76], qualifiziert aber eine Genugtuung von CHF 265'000 (zuzüglich zur Integritätsentschädigung) im Fall einer im Unfallzeitpunkt 18-jährig gewesenen Paraplegikerin als eine unzulässige Praxisänderung[77].

Vorexemplar Referenten

73 Ibid., 8.

74 Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.4.

75 Vgl. Urteil des BGer 6B_1145/2018, 6B_1157/2018 vom 28. Mai 2019 E. 3.2.

76 Vgl. BGE 125 III 269 = Pra 1999 Nr. 175 E. 2a.

77 Vgl. Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 6.3.

Ebenso wenig ist das Bundesgericht bereit, die zugesprochenen Genugtuungskapitalien in eine Genugtuungsrente umzurechnen bzw. höhere Tagessätze für die Berechnung der Genugtuungsrente heranzuziehen[78]. Einen Tagesansatz von CHF 50 qualifiziert das Bundesgericht als eine «radikale Änderung der Rechtsprechung», für welche der Geschädigte hinreichende Gründe anzugeben hätte[79]. Die Bundesrichter verweigern sich sodann, das Genugtuungskapital in eine Genugtuungsrente umzurechnen, wenn die geschädigte Person damit bezweckt, die Unangemessenheit des Genugtuungskapitals aufzuzeigen[80].

Die Bundesrichter halten in den vorgenannten neueren Urteilen zudem fest, dass sich noch kein Wandel in der Rechtsanschauung ergeben habe, die Genugtuungsbeträge bei schweren Verletzungen zu erhöhen, bzw. dass ein solcher Wandel nicht ersichtlich sei[81]. Irritierend ist dabei, dass das Bundesgericht bereits im Jahr 1986 selber darauf hingewiesen hat, dass «angesichts der neuesten Rechtsprechung, wonach in schweren Fällen die Genugtuungsleistung erheblich höher anzusetzen ist als früher»[82], eine Genugtuung von CHF 60'000 auf CHF 100'000 zu erhöhen sei bei einer geschädigten Person, welche als Folge der groben Fahrlässigkeit eines Sprengoffiziers auf dem rechten Auge erblindete und dauernd invalid blieb. Der in diesem Entscheid angewendete Aufwertungsfaktor von rund 67% würde Genugtuungssummen bis CHF 500'000 rechtfertigen.

IV. Bemessung des Genugtuungsersatzes

A. Reduktions- und Erhöhungsgründe

Wie der Schadenersatz können auch bei der Genugtuung die gesetzlich vorgesehenen Reduktionsgründe[83], insbesondere auch ein leichtes Selbstverschulden[84], eine Herabsetzung oder ausnahmsweise – bei einem gravierenden Verschulden oder bei anderen besonderen Tatumständen, welche die immaterielle Unbill der betroffenen Person erschweren – eine Erhöhung der an sich geschuldeten Genug-

78 Vgl. Urteil des BGer 4A_157/2009 vom 22. Juni 2009 E. 4.3.

79 Ibid.

80 Ibid. E. 5.

81 In der Literatur wird seit Jahrzehnten einer Erhöhung gefordert, siehe z.B. LANDOLT, Schwerverletzte, 26 ff.; GUYAZ, 9 ff. und BERGER, 43 ff.

82 BGE 112 II 131 E. 4d.

83 Vgl. Art. 43 f. OR.

84 Vgl. z.B. BGE 131 III 12 E. 8.

Vorexemplar Referenten

tuungssumme rechtfertigen[85]. Ein schweres Verschulden kompensiert sodann eine allenfalls vorhandene konstitutionelle Prädisposition[86].

Das Prozessverhalten der Person, die eine unerlaubte Handlung begangen hat, und das Prozessverhalten deren Versicherung sind bei der Bestimmung der angemessenen Geldsumme, die dem Opfer einer Körperverletzung nach Art. 47 OR als Genugtuung zugesprochen werden kann, nicht zu berücksichtigen, können aber einen selbstständigen bzw. zusätzlichen Genugtuungsanspruch rechtfertigen, wenn dadurch die Persönlichkeit der geschädigten Person widerrechtlich verletzt wird[87]. In Deutschland wird demgegenüber ein zögerliches oder kleinliches Regulierungsverhalten als ein Erhöhungsgrund für die Genugtuung betrachtet. Eine Erhöhung des Schmerzensgeldes ist insbesondere dann vorzunehmen, wenn der Haftpflichtversicherer, obwohl die Haftung dem Grunde nach unstreitig ist, trotzdem keine Akontozahlung leistet[88].

Die Rechtsprechung hat geklärt, dass tiefere Lebenshaltungskosten am ausländischen Wohnsitz der anspruchsberechtigten Person nur ausnahmsweise eine Herabsetzung des Genugtuungsbetrages, welcher bei einem Wohnsitz in der Schweiz geschuldet wäre, rechtfertigen[89]. Besonders tiefe Lebenshaltungskosten am ausländischen Wohnsitz rechtfertigen zwar keine schematische Herabsetzung, lassen aber eine Kürzung um die Hälfte durchaus zu[90].

B. Quotenvorrecht

Anfänglich vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass die geschädigte Person im Zusammenhang mit der Genugtuung das Quotenvorrecht nicht voll beanspruchen könne, der Sozialversicherer aber auch nicht im vollen Umfang in den ungekürzten Integritätsentschädigungsanspruch eintrete. Entsprechend war von der

85 Vgl. Urteil des BGer 4C.435/2005 vom 5. Mai 2006 E. 7.3 f.

86 Vgl. Urteil des BGer 6B_628/2012 vom 18. Juli 2013 E. 2.4.3.

87 Vgl. BGE 141 III 97 E. 11.

88 Vgl. z.B. Urteil des OLG Dresden 6 U 1780/16 vom 28. April 2017. Siehe ferner Urteil des OLG Koblenz 5 U 370/15 vom 21. Juli 2015 = VersR 2016, 262.

89 Siehe dazu BGE 125 II 554 E. 4a; 123 III 10 E. 4 und 121 III 252 E. 2b.

90 Vgl. BGE 125 II 554 E. 4b.

Vorexemplar Referenten

ungekürzten Integritätsentschädigung die Reduktionsquote, um welche die Genugtuung gekürzt wurde, in Abzug zu bringen[91].

In einem Entscheid aus dem Jahr 2018 änderten die Bundesrichter ihre Meinung[92]. Nach der Auffassung des Bundesgerichts rechtfertigt sich die Anwendung des Quotenvorrechts bei einer Kürzung der Genugtuung infolge einer konstitutionellen Prädisposition, weil die Sozialversicherung für krankhafte Vorzustände leistungspflichtig ist[93]. Offengelassen haben die Bundesrichter, ob sich eine Einschränkung des Regressrechts des Sozialversicherers auch dann rechtfertigt, wenn die geschädigte Person ein Selbstverschulden zu vertreten hat und die Genugtuung aus diesem Grund gekürzt worden ist[94].

V. Art der Genugtuung

Die genugtuungsberechtigte Person kann wählen, ob sie die Genugtuungssumme einmalig als Kapital oder wiederkehrend als Rente ausgerichtet haben möchte[95]. Eine Genugtuungsrente muss jedoch in einem ausgewogenen Verhältnis zum Genugtuungskapital stehen. Es besteht dabei noch keine etablierte Praxis zur Genugtuungsrente. Weder ist geklärt, wie hoch die Tagessätze bei den verschiedenen Arten von Körper- und Persönlichkeitsverletzungen anzusetzen und zu kapitalisieren sind, noch besteht Klarheit darüber, ob Kapital und Rente miteinander kombiniert werden können und Teilgenugtuungen für die aufgelaufene bzw. zukünftige immaterielle Unbill oder für die Basisgenugtuung und einzelne Zuschläge beansprucht werden können[96].

91 Vgl. BGE 123 III 306 = Pra 1997 Nr. 170 E. 9b und ferner Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZF 07 23/24 vom 18./19. Juni 2007 E. 17b.

92 So Urteil des BGer 4A_631/2017 vom 24. April 2018 E. 4.3 ff.

93 Ibid. E. 4.5.

94 Ibid.

95 Vgl. BGE 134 III 97 E. 4.2 und Urteil des BGer 4A_157/2009 vom 22. Juni 2009 E. 3.

96 Siehe Urteil des Bezirksgerichts Zürich = NZZ vom 19. März 2008, 55 (CHF 50'000 Teilgenugtuung für das Opfer eines Raserunfalls, das schwere Hirn- und Halswirbelverletzungen erlitt).

Vorexemplar Referenten

Literaturverzeichnis

BERGER MAX B., Hoher Lebensstandard, tiefe Genugtuungssummen, plädoyer 6/2016, 43 ff.

GUYAZ ALEXANDRE, Les sommes attribuées pour tort moral aux victimes d'accidents sont-elles enfin plus importantes?, plädoyer 2/2014, 9 ff.

LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar zu Art. 45, 46, 47 und 49 OR, Zürich 2007

DERS., Genugtuungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. LANDOLT, Genugtuungsrecht)

DERS., Genugtuungsrecht. Systematische Gesamtdarstellung und Kasuistik, 2. Aufl., Zürich 2020 (zit. LANDOLT, Gesamtdarstellung)

DERS., Schwerverletzte mit Almosen abgespiesen, plädoyer 2/2008, 26 ff. (zit. LANDOLT, Schwerverletzte)

SZÖLLÖSY PAUL, Schadenersatz bei Personenschaden in Westeuropa. Grundlagen, Praxis und neuere Entwicklungen in elf westeuropäischen Ländern, Zürich 1992

Vorexemplar Referenten

Andreas Lörtscher* / Benedikt Saupe**

Rechtsentwicklung in Haftpflichtfällen mit Todesfolge

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 140

II. Entwicklungen bei den Todesfallkosten 141

A. Sind (Todesfall-)Kosten Ohnehinkosten? 141
1. Lehrmeinungen und Situation bis März 2009 141
2. Klärung mit BGE 135 III 397 vom 2. April 2009 = Pra 99 (2010) Nr. 7 141

B. Welche (Todesfall-)Kosten sind ersatzfähig? 142
1. Nur die unmittelbar mit dem Tod zusammenhängenden Kosten 142
2. Die nicht entschädigungspflichtigen Kosten 143

C. Fazit und verbleibende Herausforderungen im Schadenalltag 143

III. Ausgewählte Aspekte zum Versorgungsschaden aus Erwerb 144

A. Brutto- / Nettolohn 144

B. Versorgungsquote 146
1. Situation bis 2010 146
2. 2010–2018 147
3. Ab 2018 149

C. Auswirkungen der neuen Berechnungsmethode WEBER für die verschiedenen Beteiligten an der Erledigung eines Versorgungsschadens 156

D. Gewinnungskosten und Sparquote 159

E. Ein- oder zweiphasige Berechnung 161

F. Fazit 162

IV. Ausgewählte Aspekte zum Versorgungsschaden aus Haushaltsführung 163

A. Versorgungsquote, Eigenversorgungsanteil und Verteilung 163
1. «Tour d'horizon» über Lehre und Rechtsprechung bis 2012 163
2. (Schaden-)Praxis ab 2013 164
3. Neue Zahlen, Kalkulationshilfen und Methoden von WEBER ab 2018 165
4. Auswirkungen und Diskussion der «neuen Methode WEBER» 169

B. Dauer / Fortbestand der Versorgung aus Haushaltsführung 172
1. Kinder: Zeitliche Limitierung per Abschluss Ausbildung 172
2. Partner: Mitberücksichtigung von sich verändernden Lebensumständen 172

C. Globalrechnung vs. getrennte Einzelrechnung 174
1. Ausgangslage / Problemstellung 174
2. Lehre und Rechtsprechung der letzten 20 Jahre 174
3. Die Sicht des Haftpflichtversicherers 176

D. Fazit 176

* Fürsprecher, Rechtskonsulent Schaden Haftpflicht & Mobilität, Die Mobiliar, Bern.

** lic. iur. Rechtsanwalt, Rechtskonsulent Schaden Haftpflicht & Mobilität, Die Mobiliar, Bern.

Vorexemplar Referenten

V. Entwicklungen bei der Genugtuung in Folge Tötung 177
A. Der Kreis der Anspruchsberechtigten 177
1. Lehrmeinungen und Praxis bis 01/2012 177
2. Februar 2012: Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten 178
3. Neuere Lehrmeinungen und Tendenzen 179
4. Zusammenfassung der aktuell in der Praxis Genugtuungsberechtigten 180
B. Bemessungsmethoden zur Bestimmung der Genugtuung 181
1. Kein Tarif für die Genugtuung 181
2. Zwei-Phasen-Methode, Präjudizien-Methode oder beide vereint? 182
C. Die Höhe von Todesfall-Genugtuungen und deren Entwicklung 184
1. Basisgenugtuung 184
2. Rechtsprechung 185
3. Die «Macht» der individuellen Faktoren am Beispiel «Alter des Getöteten» 185
4. Keine allgemeine Erhöhung, aber Mitberücksichtigung der Teuerung 186
D. Fazit 187
Literaturverzeichnis 188

I. Einleitung

Erstaunlich im Rückblick auf die Entwicklung der Berechnung des Versorgungsschadens in den letzten 20 Jahren ist die Erkenntnis, dass die Rechtsfortbildung in diesem Bereich in keiner Art und Weise durch das Bundesgericht geprägt wird, sondern dass neue Wege zur Berechnung des Versorgungsschadens insbesondere durch zahlreiche Beiträge in der Zeitschrift HAVE/REAS, in den Tagungsbänden des Personen-Schaden-Forums sowie in einer Dissertation[1] aufgezeigt wurden.

Allerdings gilt es festzuhalten, dass das Bundesgericht angesichts der geringen Anzahl an Fällen, die ihm zur Beurteilung vorgelegt wurden, nicht oft Gelegenheit hatte, sich grundlegend zu einzelnen Sachfragen zu äussern. Dennoch ist erwähnenswert, dass das Bundesgericht für zahlreiche brennende Fragen zur Thematik des Versorgungsschadens (nicht abschliessend: Quoten- vs. Fixkostenmethode; ein- oder zweiphasige Kapitalisierung; Festlegung der Sparquote; Berechnung des Rentenversorgungsschadens; Berechnung des Haushaltversorgungsschadens etc.) keine abschliessende Lösung bereithält.

Dass das Bundesgericht so wenig Gelegenheit erhält, sich zu Problemen aus dem Bereich des Versorgungsschadens zu äussern, dürfte einerseits mit dem bemerkenswerten Verlauf der Anzahl der Getöteten im Strassenverkehr zusammenhän-

1 STEHLE, Versorgungsschaden.

Vorexemplar Referenten

gen.[2] Es kann zudem vermutet werden, dass sich die massgeblichen Beteiligten an der Abwicklung eines Versorgungsschadens (Geschädigte inkl. deren rechtliche Vertreter, Haftpflichtversicherer sowie Sozialversicherungen) mit den herrschenden Unsicherheiten arrangiert haben und in der Regel zwischen den Parteien ein aussergerichtlicher Vergleich gefunden werden kann.

Der vorliegende Aufsatz beschränkt sich auf ausgewählte Themen aus dem Bereich des Versorgungsschadens. Eine umfassende Darstellung aller offenen Fragen hätte den Umfang dieses Aufsatzes gesprengt. Daneben werden die Entwicklungen bei den Todesfallkosten und der Genugtuung in Folge Tötung aufgezeigt.

II. Entwicklungen bei den Todesfallkosten

A. Sind (Todesfall-)Kosten Ohnehinkosten?

1. Lehrmeinungen und Situation bis März 2009

Für den Verlust des Lebens an sich besteht haftpflichtrechtlich keine Ersatzpflicht.[3] Gemäss Art. 45 Abs. 1 OR sind im Falle der Tötung eines Menschen «die entstandenen Kosten, insbesondere diejenigen der Bestattung» zu ersetzen.

Lange Jahre war umstritten, ob die gesamten Bestattungskosten oder lediglich die Zinsverluste aufgrund des vorzeitigen Anfalls dieser Kosten zu entschädigen sind, denn die Bestattungskosten fallen ja bei jedem Menschen irgendwann einmal an. Ein überwiegender Teil der Lehre sprach sich seit jeher gegen eine solch restriktive Auslegung von Art. 45 Abs. 1 OR aus.[4]

Das Bundesgericht hatte diese Frage der Berücksichtigung des (fortgeschrittenen) Alters als Umstand, für den der Geschädigte im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR einzustehen muss, bis ins Jahr 2009 noch nie prüfen müssen.

2. Klärung mit BGE 135 III 397 vom 2. April 2009 = Pra 99 (2010) Nr. 7

Mit diesem Entscheid hat das Bundsgericht endlich Klarheit geschaffen und die herrschende Lehre gestützt: Art. 45 Abs. 1 OR sei nach dessen Wortlaut auszule-

Vorexemplar Referenten

2 Gemäss Bundesamt für Statistik, Verkehrsunfälle, verringerte sich die Anzahl der getöteten Personen im Strassenverkehr zwischen 2000 und 2019 massiv (2000: 592 / 2010: 327 / 2019: 187); dies notabene bei einer ständig steigenden Anzahl von Motorfahrzeugen auf schweizerischen Strassen.

3 FELLMANN/KOTTMANN, N 2091; BK-BREHM, Art. 45 OR N 4.

4 FELLMANN/KOTTMANN, N 2094; ROBERTO, N 27.06 mit Hinweisen auf weitere Lehrmeinungen.

gen; wer den Tod einer Person zu verantworten hat, könne nicht als Umstand, für welchen der Geschädigte einstehen muss, gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR geltend machen, dass der Tod in nächster Zeit aus einem anderen Grund ohnehin eingetreten wäre, namentlich aufgrund des hohen Alters des Opfers.

Im beurteilten Fall war der nach einem Verkehrsunfall Verstorbene bereits 89 Jahre alt und wäre nach Statistik ca. sechs Jahre später ohnehin verstorben. Das Bundesgericht führte aus, es treffe nicht zu, dass die Todesfallkosten lediglich früher angefallen wären und eine andere Ursache später zum Tod und damit verbundenen Bestattungskosten geführt hätte. Ebenfalls stellte das Bundesgericht klar, dass auch mit der Begründung der Einsparung des Unterhalts der verstorbenen Person keine Herabsetzung des Schadenersatzes für die Bestattungskosten erfolgen könne. Von einer Art «Skonto» sei im Gesetzestext nicht die Rede. Zudem begebe man sich bei der Festlegung eines aufgrund von Statistiken bestimmten hypothetischen Todeszeitpunktes auf das Feld der Spekulationen und konsequenterweise müsste dann auch der Gesundheitszustand der verstorbenen Person berücksichtigt werden.[5]

B. Welche (Todesfall-)Kosten sind ersatzfähig?

1. Nur die unmittelbar mit dem Tod zusammenhängenden Kosten

Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit zur Präzisierung, was unter den in Art. 45 Abs. 1 OR erwähnten «Kosten, insbesondere diejenigen der Bestattung», zu verstehen ist.[6]

In BGE 135 III 397 E. 2.2 hat das Bundesgericht auf seine frühere Rechtsprechung verwiesen und diese damit bestätigt. Demnach gehören nur die mit dem Tod *unmittelbar* zusammenhängenden Aufwendungen zu den ersatzpflichtigen Bestattungskosten.

Darunter fallen die Kosten der Beerdigung oder Kremation inkl. derjenigen der damit verbundenen Aufwendungen:

Vorexemplar Referenten

5 FELLMANN/KOTTMANN, N 2095; JURIUS, Ersatz der Begräbniskosten, in: Jusletter 11. Mai 2009.
6 Vgl. etwa BGE 113 II 323 E. 5.

Leichentransport, Leichenschau und allfällige Obduktion, Waschung und Kleidung des Toten, Sarg oder Urne, Trauergottesdienst und Abdankungsfeier, Leichenmahl, Grabstein sowie Todesanzeige und Danksagung.[7]

Bezüglich der Trauerkleider wird von der Rechtsprechung kürzend eine Vorteilsanrechnung aufgrund der möglichen Wiederverwendung vorgenommen.[8]

2. Die nicht entschädigungspflichtigen Kosten

Das Bundesgericht verneint jeweils einen Ersatzanspruch für die Kosten des Grabunterhalts mit der Begründung, es fehle am unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ableben.[9]

In der Lehre wird die Frage kontrovers diskutiert.[10] Die den Grabunterhalt auch ablehnenden Autoren verweisen auf den Wortlaut des Gesetzes, in welchem von *entstandenen* und nicht auch von *entstehenden* Kosten die Rede ist.

Ebenfalls abzulehnen sind die Ausgaben jedes einzelnen Hinterbliebenen im Rahmen der Trauerfeierlichkeiten wie etwa Reise- und Verpflegungskosten. Solche Aufwendungen werden – im Gegensatz zu den Bestattungskosten – nicht vom Nachlass getragen, womit es an der Klageberechtigung des einzelnen Erben fehlt.[11]

Klar nicht zu den haftpflichtrechtlich relevanten Todesfallkosten gehören die in Folge des Ablebens entstehenden Vermögensschäden von Angehörigen oder Dritten wie Gebühren (etwa für Siegelung, Inventarisierung oder Erbschaftsliquidation) und Steuern.[12] Auch die immer wieder geforderten Kosten im Zusammenhang mit der Auflösung des Haushaltes sind offensichtlich nicht abzugelten.

C. Fazit und verbleibende Herausforderungen im Schadenalltag

Mit BGE 135 III 397 hat das Bundesgericht eine grundsätzliche Frage geklärt. Trotz der bundesgerichtlichen Bestätigung, dass Bestattungskosten nicht als

7 ROBERTO, N 27.05; BK-BREHM, Art. 45 OR N 13 ff.; FELLMANN/KOTTMANN, N 2096 mit Verweis auf diverse andere Autoren.

8 FELLMANN/KOTTMANN, N 2098; mit BK-BREHM, Art.45 OR N 14a, ist jedoch festzustellen, dass diese Frage in der Praxis zweitrangig ist.

9 BGE 135 III 397 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 113 II 323 E. 5.

10 Vgl. die Lehrmeinungen dargestellt bei FELLMANN/KOTTMANN, N 2099 und BK-BREHM, Art. 45 OR N 19.

11 BK-BREHM, Art. 45 OR N 21 ff. und 39.

12 BK-BREHM, Art. 45 OR N 39a; ZK-LANDOLT, Vorbemerkungen zu Art. 45/56 OR N 129 ff.

Vorexemplar Referenten

Ohnehin-Kosten gelten, ergeben sich im Schadenalltag zuweilen noch Diskussionen bei der Regulierung von Todesfallkosten.

Es geht dabei weniger um die im Schrifttum vieldiskutierte Frage nach der Kostenübernahme für den Grabunterhalt, als vielmehr um die emotionale Frage, welche Todesfallkosten noch als verhältnismässig gelten und damit haftpflichtrechtlich anerkannt werden können.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind diejenigen Kosten ersatzpflichtig, welche als «landes- bzw. ortsüblich» oder als «standesgemäss» gelten. Wo dieses Mass übertroffen wird, kann der Haftpflichtige die Einrede der Schadenminderungspflichtverletzung mit der Folge einer Kürzung oder gar des Wegfalls in Folge Unterbrechung des Kausalzusammenhangs nach Art. 44 OR erheben.[13] Gemäss WEBER/SCHAETZLE/DOLF ist entscheidend, was ohne einen Haftpflichtigen an Kosten aufgewendet worden wäre.[14]

In aller Regel lassen sich in Anwendung dieser Prinzipien schlussendlich einvernehmliche Lösungen finden und die Fallregulierung scheitert kaum jemals nur an der Frage der Verhältnismässigkeit von Todesfallkosten.

III. Ausgewählte Aspekte zum Versorgungsschaden aus Erwerb

A. Brutto- / Nettolohn

Bereits SCHMID[15] weist am Personen-Schaden-Forum 2004 auf die an sich sachgerechte Berücksichtigung des Nettolohnes im Bereich der Versorgungsschadenberechnung hin; dies analog der Berechnung im Invaliditätsschaden.[16] Demgemäss ist im Bereich der Invaliditätsschadenberechnung als Folge der Berücksichtigung des Nettolohnes ein Rentenversorgungsschaden zu berechnen.[17] Dabei handelt es sich um die Differenz zwischen den hypothetischen und den effektiven Altersleistungen.

Auch bezüglich der Berechnung des Versorgungsschadens, der nach dem Zeitpunkt der mutmasslichen Pensionierung des Versorgers oder der Versorgerin ein-

13 FELLMANN/KOTTMANN, N 2104 mit diversen Verweisen.
14 WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.155.
15 SCHMID, 23 ff.
16 BGE 129 III 135 ff.
17 Urteil des BGer 4C.197/2001 vom 12. Februar 2002.

Vorexemplar Referenten

tritt, wird darauf verwiesen, dass ein Rentenversorgungsschaden zusätzlich abzugelten ist, wenn vor der Pensionierung auf das Nettoerwerbseinkommen abgestellt wird.[18] BITTEL[19] hat schon am Personen-Schaden-Forum 2004 ein Berechnungsmodell präsentiert.

Dass die Berechnung des Rentenversorgungsschadens im Bereich des Versorgungsschadens mit etlichen Unbekannten und komplexen Fragen erschwert wird, wird in der Literatur wiederholt ausgeführt.[20] So ist eine mehrphasige Schadensberechnung wegen einem tieferen Einkommen ab dem Rentenalter mit höheren Versorgungsquoten angezeigt.[21] Zudem wird dargetan, dass nach dem Pensionierungsalter auch der mutmassliche Vermögensverzehr in die Berechnung als Einkommen einzusetzen ist.[22]

FISCHER verweist am Personen-Schaden-Forum 2012 auf die allgemeine Praxis, wonach die Berechnung des Versorgungsschadens auf der Basis des Bruttolohnes vorzunehmen ist.[23]

In den Empfehlungen der gemeinsamen Arbeitsgruppe BSV/SLK/Suva wird ebenfalls die Berechnung des Versorgungsschadens auf der Basis des Bruttolohnes unter Verzicht auf den Rentenschadenregress propagiert.[24]

Die kontinuierlichen Ausbauschritte des Schadenberechnungsprogrammes LEONARDO führen dazu, dass damit zum heutigen Zeitpunkt die Berechnung des Rentenversorgungsschadens eine Option darstellt. In der neueren Literatur wird zwar die Berechnung des Versorgungsschadens mit dem Nettolohn und der Berücksichtigung eines Rentenversorgungsschadens bevorzugt.[25]

Im Endeffekt führen die bestehenden Berechnungsprobleme dazu, dass trotz den dogmatischen Vorbehalten die Berechnung des Versorgungsschadens im Erwerb mit dem Bruttolohn unter Verzicht auf den Rentenversorgungsschaden empfohlen wird.[26]

18 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 211; FELLMANN/KOTTMANN, N 2137; WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.168.
19 BITTEL, 64 ff.
20 SCHMID, 25 m.w.H.
21 FELLMANN/KOTTMANN, N 2138.
22 WEBER, Wer versorgt wen womit, 192.
23 FISCHER, 30.
24 Empfehlungen gemeinsame Arbeitsgruppe BSV/SLK/SUVA, Empfehlung zum Rentenschaden, 5 - <https://www.regress.admin.ch/fileadmin/redaktion/Dienstleistungen/Empfehlungen/d/rentenschaden_empf.pdf>, zuletzt besucht am 04.05.2021.
25 STEHLE, Versorgungsschaden, N 394 ff.; WEBER, Wer versorgt wen womit, 192.
26 FELLMANN/KOTTMANN, N 2138; FISCHER, 30; ZK-LANDOLT, Art 45 OR N 212; SCHMID, 25.

Vorexemplar Referenten

B. Versorgungsquote

1. Situation bis 2010

Während vielen Jahren wurde zur Berechnung des Versorgungsschadens im Erwerb die zuletzt in SCHAETZLE/WEBER[27] zur Bestimmung der Versorgungsquoten veröffentlichte Tabelle 6 verwendet.

Variante	A		B		C		D		E	
	Witwe(r)	Kind	Witwe(r)	Kind	Witwe(r)	Kind	Witwe(r)	Kind	Witwe(r)	Kind
Witwe(r)	50	-	55	-	60	-	65	-	70	-
Witwe(r) mit 1 Kind	43	14	48	16	52	17	55	18	57	19
Witwe(r) mit 2 Kindern	38	13	42	14	45	15	47	16	49	17
Witwe(r) mit 3 Kindern	34	12	37	13	40	13	40	14	42	15
Witwe(r) mit 4 Kindern	30	11	33	11	34	12	34	13	36	13
Witwe(r) mit 5 Kindern	26	10	29	10	30	11	30	12	31	12
Witwe(r) mit 6 Kindern	23	9	25	9.5	26	10	26	11	27	11
Witwe(r) mit 7 Kindern	21	8.5	22	9	23	9	23	10	24	10
Witwe(r) mit 8 Kindern	19	8	20	8.5	21	8.5	22	9	23	9
Witwe(r) mit 9 Kindern	17	7.5	18	8	19	8	21	8	22	8

Wie WEBER am Personen-Schaden-Forum 2019[28] erwähnt, wurde sowohl von den Gerichten wie auch in der Praxis häufig die Variante C zur Berechnung des Versorgungsschadens herangezogen. Bereits SCHAETZLE/WEBER[29] bezeichneten die entsprechenden Tabellen lediglich als «Verteilungspläne». Obwohl das Bundesgericht diese Tabellen als Erfahrungswerte deklarierte[30], wies insbesondere WEBER[31] darauf hin, dass die Tabellen erstmals in der 3. Auflage der Barwerttafeln[32] veröffentlicht wurden und sich an der damaligen Rechtsprechung orientierten. Unter Berücksichtigung der geänderten Gerichtspraxis wurden in der 4. und 5. Auflage der Barwerttafeln[33] die Varianten erweitert und in der obigen Form präsentiert. Nachdem die 4. Auflage 1989 erschien, wurde der Versorgungsschaden demnach während Jahrzehnten mit diesen Werten berechnet.

Bereits früh wurde erkannt, dass nach dem Tod eines Familienmitgliedes gewisse Kosten unverändert weiterlaufen. STAUFFER/SCHAETZLE[34] haben diese Fixkosten

27 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, N 4.127.
28 WEBER, Wer versorgt wen womit, 198 mit Hinweisen unter Fn. 46 auf verschiedene Urteile, die den Versorgungsschaden auf der Basis dieser Variante C berechneten.
29 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, N 4.124.
30 Urteil des BGer 5C.7/2001 vom 20. Juli 2001 E. 8b.
31 WEBER, Wer versorgt wen womit, 194.
32 STAUFFER/SCHAETZLE, 3. Aufl., 173.
33 STAUFFER/SCHAETZLE, 4. Aufl., N 804 ff.; SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, N. 4.125.
34 STAUFFER/SCHAETZLE, 3. Aufl., 55.

Vorexemplar Referenten

treffend umschrieben: «In der Tat kann nicht verkannt werden, dass die Lebenskosten für eine Person, die alleine steht, grösser sind als für eine in einer Gemeinschaft lebende. Und in gleicher Weise sind die Kosten für den Unterhalt eines Menschen in einer kleinen Familie verhältnismässig höher als in einer grossen.»

Die Berechnung des Versorgungsschadens verfolgt u.a. das Ziel, dem überlebenden Ehegatten bzw. den überlebenden Familienmitgliedern die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards zu ermöglichen. Gewisse (Fix-)Kosten verändern sich nach dem Tod eines Familienmitgliedes nicht proportional, sondern laufen unverändert oder praktisch unverändert weiter. Daraus ergibt sich, dass die Versorgungsquote über 50% betragen muss.

Zu erwähnen gilt, dass der am häufigsten verwendeten Variante C mit einer Versorgungsquote von 60% Fixkosten im Umfange von 20% zugrunde liegen[35]. In Anwendung der Variante E mit einer Versorgungsquote von 70% standen demnach schon seit langer Zeit Verteilungspläne zur Verfügung, die auf Fixkosten in der Höhe von 40% basierten.

Welche Positionen des Haushaltbudgets als Fixkosten zu bezeichnen sind, wurde in der schweizerischen Lehre ziemlich einheitlich beantwortet.[36] Zu den Fixkosten werden nicht nur die absolut unveränderlichen Positionen wie zum Beispiel die Miete gezählt, sondern auch Positionen, die sich nach dem Tod eines Familienmitgliedes nur geringfügig verändern.

2. 2010–2018

PRIBNOW/SCHMID[37] kritisieren im Jahr 2003 die bisherige Höhe der Versorgungsquoten. Die Autoren führen neben den fixen und den variablen Kosten eine weitere Kategorie der relativ fixen Kosten ein. Damit sind Kosten gemeint, die sich beim Wegfall eines Partners zwar verringern, aber nicht einfach halbieren. Zur Begründung dieser zusätzlichen Kategorie wird u.a. auf die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG verwiesen, die sich im Jahr

35 WEBER, Wer versorgt wen womit, 198.

36 SCHMID, 27 (Mietzins, Heizung, Strom, Telefonanschluss, fixe Autokosten etc.); ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 245 (Hypothekarzinsen, Radio-, Fernseh- und Abfallgebühren, Heizungskosten, Einkommen- und Vermögenssteuer für selbstbewohntes Grundeigentum, Rücklagen für werterhaltende Investitionen, diverse Versicherungsprämien wie Feuer-, Hausrat- und Haftpflichtversicherung); FELLMANN/KOTTMANN, N 2156 (Miete, Heizung, Kehrichtabfuhr- sowie Radio- und Fernsehgebühren, Hausratversicherung); PRIBNOW/SCHMID, 71 (Miete und Hypothekarzins, Nebenkosten, Berufsauslagen des hinterbliebenen Ehegatten, die Kosten des einzigen Autos, die Sachversicherungsprämien, die Anschlussgebühren für Telefon, Radio und Fernsehen).

37 PRIBNOW/SCHMID, 70 f.

Vorexemplar Referenten

2000 für eine Einzelperson im Vergleich zu einem Ehepaar lediglich um rund 30% verringerte.

PRIBNOW/SCHMID[38] propagieren in der Folge eine Versorgungsquote des überlebenden Ehegatten von 80%.

WEBER/SCHAETZLE[39] haben am Personen-Schaden-Forum 2010 die Kritik aufgenommen und davon ausgehend, dass die maximale Gesamtversorgungsquote 90% des Einkommens der Versorgerin bzw. des Versorgers nicht übersteigt und die maximale Gesamtquote bei 10 Kindern erreicht wird, die bestehende Tabelle mit zusätzlichen Varianten bezüglich der Versorgungsquoten (75%, 80%, 85%, 90%) erweitert.

Nachdem sich in der Quoten-Tabelle 2010 die einzelnen Prozentwerte in den in der täglichen Praxis zur Anwendung gelangenden Versorgungsquoten von 50%–70% lediglich um 1–2% nach oben oder nach unten verschoben, fand die neue Tabelle nur schwer Eingang in die praktische Schadenerledigung. In der Regel wurde – soweit dies beurteilt werden kann – die «alte» Tabelle[40] verwendet.

Im gleichen Tagungsbeitrag verweisen WEBER/SCHAETZLE[41] auf die vom Bundesamt für Statistik erhobene Haushaltbudgeterhebung (HABE).[42] Aus Zeit- und Platzmangel gehen WEBER/SCHAETZLE damals (noch) nicht ausführlicher auf die Relevanz dieser Statistik für die Berechnung des Versorgungsschadens ein.

Seit 2000 veröffentlicht das Bundesamt für Statistik unter der Bezeichnung Einkommens- und Verbrauchserhebung (EVE) eine Statistik, die im Jahre 2006 einer Revision unterzogen wurde, um die Aussagekraft der Resultate zu erhöhen. Neu wird die Erhebung als Haushaltbudgeterhebung (HABE) bezeichnet.

Anzufügen gilt, dass offenbar auch LANDOLT[43] bereits die ältere Einkommens- und Verbrauchserhebung (EVE) zumindest dem Grundsatze nach als taugliches Mittel zur Bestimmung der Fixkosten ansieht.

38 PRIBNOW/SCHMID, 71.
39 WEBER/SCHAETZLE, 346 ff.
40 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, N 4.127.
41 WEBER/SCHAETZLE, 349 f.
42 Das Bundesamt für Statistik wählt nach einem Zufallsverfahren monatlich 250 Haushalte aus, die während einem Monat alle anfallenden Ausgaben und Einkommen zu über 450 Einzelposten minutiös aufnotieren. Pro Jahr werden demnach 3'000 Haushalte ausführlich zu ihrem Ausgabeverhalten befragt.
43 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 236.

Vorexemplar Referenten

Allerdings verzichtet LANDOLT auf die Bestimmung derjenigen Positionen der Statistik, die aus seiner Sicht als Fixkosten anzusehen sind. Schon damals (LANDOLT bezieht sich auf die EVE 2004) machte das Wohnen mit 17,6% den grössten Anteil am Haushaltbudget aus.

3. Ab 2018

a) Fixkosten auf der Basis statistischer Werte

WEBER/VOSS[44] verweisen am Personen-Schaden-Forum 2018 zur Bestimmung der Fixkosten wiederum auf die periodisch vom Bundesamt für Statistik veröffentlichte Haushaltsbudgeterhebung (HABE).[45] Nachdem in der HABE nicht nur die fixen Kosten, sondern auch die variablen Kosten erhoben werden, haben WEBER/VOSS[46] eine Triage vorgenommen und eine Vielzahl von Positionen aufgeführt, die ihrer Ansicht nach als Fixkosten zu bezeichnen sind (vgl. Abb. 29 im Tagungsbeitrag am Personen-Schaden-Forum 2018 «Fixkostenanteil am Bruttoeinkommen des Haushalts, 2015»).

Allerdings darf bei einzelnen Positionen bezweifelt werden, ob es sich effektiv um Fixkosten handelt. Es stellt sich die Frage, um welchen Anteil sich eine Position des Haushaltbudgets nach dem Tod eines Ehegatten verändern darf, damit von einem fixen Ausgabeposten gesprochen werden kann.

Wenn die Wohnkosten (Miete/Hypothekarzinsen plus Nebenkosten) und der Unterhalt eines Hauses oder einer Wohnung (in der HABE unter «Wohnen und Energie» aufgeführt) unter die Fixkosten subsumiert werden, ist dies sachgerecht, dürfte sich doch nach dem Tod eines Ehegatten bei diesen Positionen kaum etwas verändern. In dem Sinne kann WEBER/VOSS[47] zugestimmt werden, wenn diese die unter «Wohnen und Energie» aufgeführten Positionen als Fixkosten bezeichnen. Dass der Verbrauch von Energie (Strom, Heizöl, Wasser), der ebenfalls unter der Position «Wohnen und Energie» aufgeführt wird, ohne weiteres schwanken kann, wenn die Wohnung von einer Person weniger bewohnt wird, kann in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden.

Vorexemplar Referenten

44 WEBER/VOSS, 273 ff.
45 Bundesamt für Statistik, Tab. T20.02.01.02.01.
46 WEBER/VOSS, 275 f.
47 WEBER/VOSS, 275.

Schon eher fraglich ist, ob sich die übrigen Positionen, die als Fixkosten bezeichnet werden[48], beim Tod eines Versorgers oder einer Versorgerin nicht oder kaum verändern.

So werden in der HABE unter «Wohnungseinrichtung und Haushaltführung» vom Kauf neuer Möbel über den Kauf neuer Haushaltgeräte (Kühlschrank, Mixer etc.) bis zur Anschaffung von Werkzeugen für Haus und Garten Gegenstände aufgeführt, deren Nutzungs- und Amortisationsdauer sich durchaus unterscheidet, je nachdem ob eine oder zwei Personen diese benützen.

Fragwürdig wird die Einteilung, wenn auch die Autobeschaffung sowie die Kosten für Reparaturen und Service des Fahrzeuges als Fixkosten bezeichnet werden (siehe unter «Verkehr»), ist doch davon auszugehen, dass das Auto nach dem Tod eines Ehegatten insgesamt weniger benutzt wird, wenn nur noch eine Person auf das Fahrzeug angewiesen ist. Noch offensichtlicher ist der Fall, wenn ein Ehepaar vor dem Tod eines Ehegatten über zwei Autos verfügte, nach dem Tod eines Ehegatten jedoch nur noch ein Fahrzeug amortisiert und unterhalten werden muss.

Dasselbe kann auch für die übrigen Positionen wie «Apparate und Dienstleistungen für Telekommunikation» (z.B. neue Natels), «Unterhaltung, Erholung, Kultur» (z.B. neue IT-Geräte) angeführt werden.

Es stellt sich die Frage, inwiefern bezüglich einzelner von WEBER/VOSS[49] definierten Kategorien auf die Ausführungen von PRIBNOW/SCHMID[50] zu den relativ fixen Kosten abzustellen und nur ein Teil der jeweiligen Kategorie als Fixkosten zu bezeichnen ist. Insgesamt würde sich jedoch dadurch der Anteil der Fixkosten verringern, sodass die Versorgungsquote tiefer ausfallen würde.

In der Folge stellen WEBER/VOSS[51] fest, dass die Höhe der Fixkosten wesentlich von der Höhe des Einkommens abhängt. «Tabelle T 20.02.01.00.12 der Haushaltbudgeterhebung, die zuletzt für den Zeitraum 2012–2014 vorliegt, führt die Haushaltsausgaben unterteilt nach 5 Einkommensklassen auf und setzt sie in Relation zum Bruttoeinkommen des Haushaltes.»

In der Folge haben WEBER/VOSS[52] die von ihnen definierten Fixkosten mit dem Nettoeinkommen in Beziehung gesetzt und die Abb. 31 erstellt.

Vorexemplar Referenten

48 WEBER/VOSS, 275 f.
49 WEBER/VOSS, 275 f.
50 PRIBNOW/SCHMID, 70 f.
51 WEBER/VOSS, 277.
52 WEBER/VOSS, 277.

Abb. 31 | Fixkostenanteil am Nettoeinkommen nach Einkommensklassen 2012-2014

Einkommensklasse	Alle Haushalte		Unter 5'021		5'021 - 7'336	
Durchschnittl. Bruttoeinkommen	10'064.00		3'542.34		6'172.69	
Durchschnittl. Nettoeinkommen	9'067.00	100.00%	3'414.35	100.00%	5'738.27	100.00%
Wohnen und Energie	1'502.90	16.58%	1'082.25	31.70%	1'274.12	22.20%
Wohnungseinrichtung und Haushaltsführung	302.56	3.34%	120.77	3.54%	187.48	3.27%
Verkehr	458.55	5.06%	100.95	2.96%	301.61	5.26%
Apparate und Dienstleistungen für Telekommunikation	149.29	1.65%	91.45	2.68%	126.50	2.20%
Unterhaltung, Erholung, Kultur	130.49	1.44%	60.99	1.79%	91.39	1.59%
Übrige Versicherungsprämien	196.63	2.17%	108.35	3.17%	153.80	2.68%
Liegenschafts-, Fahrzeugsteuer	54.32	0.60%	25.37	0.74%	39.48	0.69%
Fixkosten	2'794.75	30.82%	1'590.14	46.57%	2'174.38	37.89%

Einkommensklasse	7'337 - 9'978		9'979 - 13'687		Ab 13'688	
Durchschnittl. Bruttoeinkommen	8'627.81		11'663.48		20'302.26	
Durchschnittl. Nettoeinkommen	7'845.00	100.00%	10'415.17	100.00%	17'910.85	100.00%
Wohnen und Energie	1'473.64	18.78%	1'631.35	15.66%	2'038.34	11.38%
Wohnungseinrichtung und Haushaltsführung	289.97	3.70%	347.79	3.34%	546.03	3.05%
Verkehr	435.21	5.55%	531.32	5.10%	865.81	4.83%
Apparate und Dienstleistungen für Telekommunikation	154.91	1.97%	174.51	1.68%	199.04	1.11%
Unterhaltung, Erholung, Kultur	125.56	1.60%	152.23	1.46%	215.76	1.20%
Übrige Versicherungsprämien	191.49	2.44%	227.97	2.19%	301.15	1.68%
Liegenschafts-, Fahrzeugsteuer	49.36	0.63%	60.64	0.58%	96.71	0.54%
Fixkosten	2'720.14	34.67%	3'125.81	30.01%	4'262.83	23.80%

Quelle: BFS, Haushaltsbudgeterhebung (HABE), T 20.02.01.00.12, Neuenburg 2017

Anzufügen gilt, dass in der Zwischenzeit die Haushaltbudgeterhebung für den Zeitraum 2015–2017 veröffentlicht wurde.

Auffällig ist, dass sich das durchschnittliche Bruttoeinkommen in der HABE 2015–2017 gegenüber der HABE 2012–2014 leicht vermindert hat (neu CHF 9’951.40 statt CHF 10’064). Erstaunlicherweise haben sich auch die Kosten für «Wohnen und Energie» wohl aufgrund der sinkenden Hypothekarzinsen frankenmässig leicht nach unten bewegt (neu CHF 1’466.36 statt CHF 1’502.90), sind prozentual zum Bruttoeinkommen jedoch mehr oder weniger gleichgeblieben (neu 14,73% statt 14,93%).

Vorexemplar Referenten

Im Rahmen dieses Aufsatzes wird darauf verzichtet, die von WEBER/VOSS [53] erstellte Abb. 31 zu aktualisieren. Dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass WEBER[54] dieser Abbildung nicht einen auf das Komma genauen Wert (30,82%) entnimmt, sondern folgert, dass gemäss dieser Untersuchung der Fixkostenanteil durchschnittlich und gemessen am Nettoeinkommen rund 30% beträgt.

Solange jedoch der Versorgungsschaden im Erwerb in den meisten Fällen (vgl. Ziffer III. A.) mit dem Bruttolohn unter Verzicht auf den Rentenversorgungsschaden gerechnet wird, ist nicht nachvollziehbar, warum die Fixkosten in Relation zum Nettolohn zu setzen sind. Werden beispielsweise in der Abb. 31 die Fixkosten unter «Alle Haushalte» in der Höhe von CHF 2'794.75 in Relation zum Bruttoeinkommen von CHF 10'064 gesetzt, ergibt sich ein Fixkostenanteil von lediglich 27,75%.

Nachdem zusätzlich wie dargelegt zu einzelnen Positionen durchaus Zweifel an deren Definition als Fixkosten anzubringen sind, wird vorgeschlagen, die auf der HABE basierenden Prozentwerte der Fixkosten pauschal auf 20%–25% zu verringern. Dies mindestens solange der Versorgungsschaden im Erwerb auf der Basis des Bruttolohnes unter Verzicht auf einen Rentenversorgungsschaden gerechnet wird.

Der Neuberechnung der Versorgungsquoten durch WEBER[55] (vgl. Abb. 5 unter III.B.3.b.2) kann zwar eine Variante mit einem Fixkostenanteil von 20% (Variante 60%) entnommen werden. Leider wurde keine Variante mit einem Fixkostenanteil von 25% abgedruckt. Die entsprechenden Werte können aber leicht durch Interpolation zwischen den Varianten 60% bzw. Variante 65% ermittelt werden.

Selbstverständlich können die Fixkosten weiterhin konkret durch die Hinterbliebenen nachgewiesen werden. WEBER/VOSS [56] verweisen dazu auf die Möglichkeit, ihre eigenen Ausgabeposten[57] im Sinne einer Checkliste zu verwenden. Aufgrund der obenstehenden Ausführungen ist dabei jedoch Vorsicht walten zu lassen, damit keine variablen Kosten Eingang in die Fixkostenrechnung finden.

Vorexemplar Rotarenten

53 WEBER/VOSS, 277.
54 WEBER, Wer versorgt wen womit, 199.
55 WEBER, Wer versorgt wen womit, 204.
56 WEBER/VOSS, 278.
57 WEBER/VOSS, 275 f.

Abzulehnen ist der Vorschlag von WEBER/VOSS [58], die beiden Möglichkeiten der Bestimmung der Fixkosten (konkret oder auf der Basis der HABE) zu vermischen. So wird vorgeschlagen, die Miet- oder Hypothekarkosten konkret abzuklären und den erhobenen Wert neben den statistisch ermittelten Werten in die Kalkulation einzusetzen. Aus unserer Sicht sind die Fixkosten entweder basierend auf der HABE oder konkret zu errechnen; eine Mischrechnung im Sinne einer «Fixkostenoptimierung» durch die Hinterbliebenen ist abzulehnen.

In Deutschland stehen zur Bestimmung der Fixkosten in der Literatur sehr detaillierte und umfangreiche Listen zur Verfügung.[59] Hervorzuheben ist, dass im Grossen und Ganzen in Deutschland die gleichen Positionen als Fixkosten klassifiziert werden wie in der Schweiz. Die deutschen Tabellen erreichen jedoch einen derartigen Detaillierungsgrad, dass deren Anwendbarkeit in der schweizerischen Praxis bezweifelt werden darf. Es kommt hinzu, dass sich die beiden deutschen Tabellen[60] in kleinen Einzelheiten gar widersprechen.[61]

b) Aufteilung der Fixkosten

In der Vergangenheit bestand Einigkeit darüber, dass die Fixkosten dem überlebenden Ehegatten anzurechnen sind, wenn Kinder bestehen.[62]

(1) Quoten-Tabelle gemäss WEBER, HAVE 2018

Erste Kritik an der bisherigen Lösung und entsprechende Änderungsvorschläge hat WEBER[63] 2018 mit konkreten Vorschlägen vorgestellt.

Bezüglich der Berücksichtigung der Fixkosten bezeichnet der Autor die ausschliessliche Anrechnung beim Unterhaltsbedarf des hinterbliebenen Partners als nicht korrekt. Unter Verweis auf die deutsche Praxis wird eine Aufteilung der Fixkosten auf alle Hinterbliebenen propagiert. Nachdem WEBER[64] zudem auch für die Aufteilung der variablen Kosten eine Änderung vorschlägt, wird eine veränderte Quoten-Tabelle veröffentlicht, wobei neu zusätzlich die Höhe des Fixkostenan-

58 WEBER/VOSS, 276 unten.
59 SCHAH-SEDI/SCHAH-SEDI, § 4 N 42; PARDEY, N 3088 ff.
60 SCHAH-SEDI/SCHAH-SEDI, § 4 N 42; PARDEY, N 3088 ff.
61 So werden die folgenden Positionen bei SCHAH-SEDI/SCHAH-SEDI, § 4 N 42 als Fixkosten anerkannt, bei PARDEY, Rz 3088 ff. jedoch abgelehnt: Bettenreinigung, Büchereinkauf/Bücherclub, Christbaum, Düngemittel, Streumaterial im Winter und andere mehr.
62 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 245; FELLMANN/KOTTMANN, N 2162; WEBER, HAVE 2018, 360.
63 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 360 ff.
64 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 361.

Vorexemplar Referenten

teils angegeben wird, um einerseits die Handhabung zu erleichtern und andererseits Missverständnisse zu verhindern.[65]

Da schon kurz nach Veröffentlichung der Quoten-Tabelle 2018 im Folgejahr von WEBER selbst eine weitere Veränderung der Quoten-Tabelle vorgenommen wird[66], kann an dieser Stelle auf die Wiedergabe der Quoten-Tabelle aus HAVE 2018, 361 verzichtet werden.

(2) Quoten-Tabelle gemäss WEBER, Wer versorgt wen womit

In der Quoten-Tabelle 2018[67] wird bei den Fixkosten und den variablen Kosten noch je ein unterschiedlicher Verteilschlüssel angewendet[68], wobei bei beiden Tabellen davon ausgegangen wird, dass ein grösserer Unterhaltsanteil auf die Eltern entfällt.

In Anlehnung an STEHLE[69] wird in der Quoten-Tabelle 2019[70] bei den Fixkosten die bisherige Vorgabe, wonach ein grösserer Unterhaltsanteil auf die Eltern entfällt, aufgegeben. Neu werden die Fixkosten gleichmässig nach Köpfen verteilt.[71] Auch die Aufteilung der variablen Kosten wird gegenüber dem Vorjahr 2018 neu geordnet.[72]

Diese Änderungen führen zu der folgenden Quoten-Tabelle 2019.[73]

65 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 361.
66 WEBER, Wer versorgt wen womit, 200 ff.
67 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 361.
68 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 360 f., Tabellen 1 und 2.
69 STEHLE, Versorgungsschaden, N 422 f.
70 WEBER, Wer versorgt wen womit, 201.
71 WEBER, Wer versorgt wen womit, 202, Abb. 3.
72 WEBER, Wer versorgt wen womit, 203, Abb. 4.
73 WEBER, Wer versorgt wen womit, 204, Abb. 5.

Vorexemplar Referenten

Abb. 5 | Versorgungsquoten beim Barunterhalt (gleichmässige Verteilung der Fixkosten)

Variante	50.0%		55.0%		60.0%		65.0%		70.0%	
Fixkostenanteil	0%		10%		20%		30%		40%	
	Partner	je Kind	Partner	je Kind	Partner	je Kind	Partner	je Kind	Partner	je Kind
Partner	50.0	-	55.0	-	60.0	-	65.0	-	70.0	-
Partner mit 1 Kind	43.0	14.0	43.5	17.5	44.5	21.0	45.0	25.0	46.0	28.5
Partner mit 2 Kindern	37.0	13.0	36.5	15.0	36.5	17.0	36.0	19.0	36.0	21.0
Partner mit 3 Kindern	32.0	12.0	31.5	13.5	30.5	14.5	30.0	16.0	29.0	17.0
Partner mit 4 Kindern	28.0	11.0	27.0	12.0	26.5	13.0	25.5	13.5	25.0	14.5
Partner mit 5 Kindern	25.0	10.0	24.5	10.5	23.5	11.5	23.0	12.0	22.0	12.5
Partner mit 6 Kindern	23.0	9.0	22.5	9.5	21.5	10.0	21.0	10.5	20.0	11.0

Variante	75.0%		80.0%		85.0%		90.0%	
Fixkostenanteil	50%		60%		70%		80%	
	Partner	je Kind	Partner	je Kind	Partner	je Kind	Partner	je Kind
Partner	75.0	-	80.0	-	85.0	-	90.0	-
Partner mit 1 Kind	46.5	32.0	47.0	35.5	48.0	39.0	48.5	43.0
Partner mit 2 Kindern	35.5	23.0	35.0	25.0	35.0	27.0	34.5	29.0
Partner mit 3 Kindern	28.5	18.5	28.0	20.0	27.0	21.0	26.5	22.5
Partner mit 4 Kindern	24.0	15.5	23.0	16.5	22.5	17.5	21.5	18.0
Partner mit 5 Kindern	21.5	13.5	20.5	14.0	20.0	14.5	19.0	15.0
Partner mit 6 Kindern	19.5	11.5	19.0	12.0	18.0	12.5	17.5	13.0

c) Anrechnung des Erwerbseinkommens der Witwe oder des Witwers

Bisher wurde das Erwerbseinkommen der Witwe oder des Witwers im Rahmen der Versorgungsschadenberechnung oft ausschliesslich bei deren oder dessen Unterhaltsbedarf angerechnet.[74]

Diese Vorgehensweise wird von WEBER abgelehnt.

«Das ist nicht korrekt, denn wird der Unterhaltsbedarf der Hinterbliebenen basierend auf dem Gesamteinkommen berechnet, was zu empfehlen ist, dann muss der weiterhin erzielbare Erwerb anteilsmässig bei allen Versorgten, somit auch bei den Kindern, zur Anrechnung gebracht werden, da ein Teil der Versorgung weiterhin vom überlebenden Elternteil übernommen wird.»[75]

«Diese Vorgehensweise ist nicht sachgerecht, denn auch der Unterhalt der Kinder wird von beiden Einkommen finanziert. Das Einkommen des überlebenden Elternteils muss daher anteilsmässig – im Verhältnis der beiden Einkommen – bei den Kindern abgezogen werden.»[76]

Vorexemplar Referenten

74 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 360.
75 WEBER, Neue Berechnungsmethoden, 360.
76 WEBER, Wer versorgt wen womit, 206.

C. Auswirkungen der neuen Berechnungsmethode WEBER für die verschiedenen Beteiligten an der Erledigung eines Versorgungsschadens

Ob die von WEBER[77] propagierte neue Methode der Berechnung eines Versorgungsschadens sowohl in die tägliche Arbeit als auch in die Gerichtspraxis Eingang finden wird, muss sich noch zeigen. Wie nicht anders zu erwarten ist, ergeben sich durch die neue Berechnungsmethode zwischen den Anteilen der Beteiligten an einem Versorgungsschaden (Geschädigte, Haftpflichtversicherer, Sozialversicherer) Verschiebungen. Es gibt je nach Konstellation (Arbeitspensum des Verstorbenen, Anzahl der hinterbliebenen Kinder) Gewinner und Verlierer.

Dieser Frage hat sich ROTHENBERGER[78] angenommen. Zum besseren Verständnis hat ROTHENBERGER die Berechnung eines Versorgungsschadens nach der neuen Berechnungsmethode anhand einer durchschnittlichen Fallkonstellation in einem Mehrpersonenhaushalt aufgezeigt.[79]

Sachverhalt: Der Verstorbene erzielte ein Einkommen von CHF 90'000. Er hinterlässt eine Frau (Einkommen CHF 30'000) und zwei Kinder. Bei einem Familieneinkommen von CHF 120'000 ist mit Fixkosten von rund 30%[80] und damit mit den Versorgungsquoten der Variante 65%[81] zu rechnen.

Vorexemplar Referenten

77 WEBER, Wer versorgt wen womit, 185 ff.
78 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 231 ff.
79 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 242.
80 WEBER/VOSS, 237, Abb. 31; WEBER, Wer versorgt wen womit, 199, Abb. 2.
81 WEBER, Wer versorgt wen womit, 204, Abb. 5.

Einkommen Verstorbener (¾):	CHF	90 000
Einkommen Witwe (¼):	CHF	30 000
Familieneinkommen (⁴/₄):	CHF	120 000
Barunterhalt pro Kind (19%)	CHF	22 800
Anteil der Witwe an der Versorgung (¼)	CHF	5 700
Versorgungsausfall pro Kind	CHF	17 100
Einkommen Witwe	CHF	30 000
./. Anteil der Witwe am Barunterhalt der Kinder	CHF	11 400
Verbleibendes Witweneinkommen	CHF	18 600
Barunterhalt Witwe (36%)	CHF	43 200
./. Verbleibendes Witweneinkommen	CHF	18 600
Versorgungsausfall Witwe	CHF	24 600

ROTHENBERGER[82] definiert in einer ersten Phase drei Rechnungsbeispiele. Bei einem Lohn des verstorbenen Ehemannes in einem Vollpensum von jährlich CHF 100'000 werden bei einem unterschiedlichen Arbeitspensum des Verstorbenen (Beispiel 1: 20% / Beispiel 2: 60% / Beispiel 3: 100%) die Leistungen der Sozialversicherungen für die Hinterbliebenen (Ehefrau plus jeweils 1–3 Kinder) ermittelt.

In einer zweiten Phase errechnet ROTHENBERGER den sachlich kongruenten Anteil der sozialversicherungsrechtlichen Hinterlassenenleistungen, der dem Versorgungsausfall aus Erwerb anzurechnen ist. Dabei geht ROTHENBERGER [83] in Übereinstimmung mit dem Grossteil der Lehre davon aus, dass analog der sachlichen Kongruenz der IV-Invalidenrente auch die AHV-Hinterlassenenleistungen proportional zur Betätigung in Erwerb und Haushalt auf die entsprechenden Schadenpositionen verteilt werden (Splitting). Hingegen werden die Leistungen des Unfallversicherers immer an den Versorgungsausfall aus Erwerb angerechnet.

In einer dritten Phase untersucht ROTHENBERGER[84] die Auswirkungen der neuen Berechnungsvorschläge im Schadenausgleichsystem. Dabei stellt ROTHENBERGER jeweils die Berechnung von WEBER[85] der Berechnung des Versorgungsaus-

Vorexemplar Referenten

82 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 239 ff.
83 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 238.
84 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 241 ff.
85 WEBER, Wer versorgt wen womit, 185 ff.

falles im Erwerb nach der traditionellen Methode[86] gegenüber. Aus Gründen der Vergleichbarkeit geht ROTHENBERGER[87] davon aus, dass der Verstorbene und die Witwe zwar die Erwerbs- und Haushaltarbeit in den drei Rechnungsbeispielen unterschiedlich aufgeteilt haben, ohne dass sich das Gesamthaushalteinkommen dadurch verändert. Das Brutto-Gesamthaushalteinkommen wird auf CHF 120'000 pro Jahr festgelegt und entspricht damit dem durchschnittlichen Einkommen der Haushaltbudgeterhebung (HABE).[88]

Die Auswertung der verschiedenen Konstellationen (verschiedene Arbeitspensen mit jeweils 1–3 Kindern) ergibt beim Vergleich zwischen der neuen Methode WEBER und der traditionellen Methode bezüglich der Gewinner und Verlierer folgendes Resultat.

	Direktschaden[89]	Sozialversicherer	Haftpflichtversicherer
Erwerbspensum 20%			
Paar-Haushalt mit 1 Kind	+	+	-
Paar-Haushalt mit 2 Kindern	+	+	-
Paar-Haushalt mit 3 Kindern	+	+	-
Erwerbspensum 60%			
Paar-Haushalt mit 1 Kind	+	-	+
Paar-Haushalt mit 2 Kindern	+	-	+
Paar-Haushalt mit 3 Kindern	+	-	+
Erwerbspensum 100%			
Paar-Haushalt mit 1 Kind	o	-	+
Paar-Haushalt mit 2 Kindern	o	-	+
Paar-Haushalt mit 3 Kindern	o	-	+

86 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, N 4.127. Herangezogen werden zum besseren Vergleich die Werte der Variante D mit einem Fixkostenanteil von 30%.

87 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 242.

88 WEBER, Wer versorgt wen womit, 199, Abb. 2.

89 Es wurde bei der Auswertung bezüglich des Direktschadens kein Unterschied gemacht, ob der Vorteil im Methodenvergleich bei der Witwe oder bei den Kindern eintritt. So bei der Variante Erwerbspensum 60%: Bei den Berechnungen mit 2 bzw. 3 Kindern ist die Methode WEBER im Direktschaden vorteilhafter für die Kinder, die traditionelle Methode im Direktschaden dagegen vorteilhafter für die Witwe. Da der Gesamtvorteil der Kinder in der Methode WEBER höher ausfällt als der Vorteil der Witwe in der traditionellen Methode, ergibt sich in der Summe ein Vorteil zu Gunsten des Direktschadens.

Vorexemplar Referenten

«+» = Methode WEBER vorteilhafter als traditionelle Methode

«-» = Methode WEBER unvorteilhafter als traditionelle Methode

«o» = Methode WEBER und traditionelle Methode ergeben dasselbe Resultat

Insgesamt vorteilhafter fällt die Methode WEBER bei der Berechnung des Versorgungsschadens im Erwerb für die Direktgeschädigten und die Haftpflichtversicherer aus. Als Verlierer sind die regressberechtigten Sozialversicherer zu bezeichnen.

D. Gewinnungskosten und Sparquote

Schon BREHM[90] stellte fest, dass der Versorgte nach dem Tode des Versorgers in der Lage sein muss, seinen bisherigen Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Ausfluss dieses Grundsatzes ist, dass der Versorgte auch keinen höheren Anspruch als die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards haben kann.

Deshalb sind vorerst die Gewinnungskosten des Verstorbenen wie Kosten für den Arbeitsweg, Arbeitskleidung, Verpflegung und Fachliteratur vom Bruttolohn in Abzug zubringen.

Zudem ist das für die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards nicht notwendige Einkommen der Versorger im Sinne einer Sparquote auszuscheiden und im Rahmen der Berechnung des Versorgungsschadens nicht zu berücksichtigen.[91] «(Es) wäre demnach nicht gerechtfertigt und würde dem Begriff des Versorgerschadens widersprechen, der Witwe eine so hohe Rente zuzusprechen, dass sie neben der Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards noch Ersparnisse bilden kann.»[92]

Jedoch sollte erst ab einem Jahreseinkommen von CHF 100’000 eine Sparquote von 10% berücksichtigt werden.[93]

Bei tieferen Einkommen unter CHF 100’000 sollten grundsätzlich keine Sparquoten ausgeschieden werden. Insofern dennoch in dieser Einkommenskategorie

90 BK-BREHM, Art 45 OR N 51.
91 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 246 f.; FELLMANN/KOTTMANN, N 2140 f.
92 FELLMANN/KOTTMANN, N 2142 nach STARK, Versorgerschaden, 347.
93 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 246 f.; FELLMANN/KOTTMANN, N 2140 f.

Vorexemplar Referenten

Sparbeträge vorliegen, schlägt LANDOLT[94] vor, den Verwendungszweck festzustellen. Insbesondere wenn die Ersparnisse der Deckung der Lebenshaltungskosten nach der Pensionierung dienen, ist keine Sparquote zu berücksichtigen. Ersparnisse, die vererbt werden, stellen demgegenüber keinen Versorgungsschaden dar und sind auszuscheiden.

Dies hat auch das Bundesgericht[95] kürzlich bestätigt und festgehalten, dass bei einem Nettoeinkommen pro Jahr in der Höhe von CHF 100'000 bis CHF 200'000 eine Sparquote von 10% angemessen ist. Für Einkommen über CHF 200'000 netto ist eine Sparquote von 10–20% zu berücksichtigen.

FISCHER[96] geht von einer Sparquote von 10–30% aus.

WEBER/SCHAETZLE/DOLF[97] begründen die Berücksichtigung einer Sparquote mit dem Hinweis auf die HABE, wonach in den Haushalten durchschnittlich pro Monat CHF 1'200 (12,4% des Bruttoeinkommens) angespart wird. Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass die Sparbeträge je nach Haushalteinkommen unterschiedlich ausfallen.

STEHLE[98] kritisiert die Ausscheidung einer Sparquote und postuliert eine Abkehr von dieser Praxis. Seiner Ansicht nach sind der Invaliditäts- und der Versorgungsschaden nicht unterschiedlich zu behandeln. Hier wie dort ist vom ganzen Jahreseinkommen als Basis der Schadenberechnung auszugehen. Auch der Grundsatz, dass Art. 45 Abs. 3 OR eine Ausnahmenorm (Stichwort Reflexschaden) darstellt, lässt STEHLE[99] als Begründung der Praxis der Berücksichtigung einer Sparquote nicht gelten: «Dieses rein formalistische Argument ist schlicht unhaltbar.»

STEHLE zitiert aus verschiedenen Urteilen des Bundesgerichts[100], wonach sich seine These mit den aktuellen Formulierungen des Bundesgerichts vereinbaren lässt. Ob dies wirklich zutrifft, darf bezweifelt werden. So wird als «Beweis» auch das oberwähnte Bundesgerichtsurteil[101] aufgeführt, das in E. 7 gerade die Berücksichtigung einer Sparquote ab einem Nettoeinkommen von CHF 100'000 bejaht hat.

94 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 248.
95 Urteil des BGer 4A_433/2013 vom 15. April 2014 E. 7.
96 FISCHER, 31.
97 WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 2.185.
98 STEHLE, Versorgungsleistung, 292 ff.
99 STEHLE, Versorgungsleistung, 294.
100 STEHLE, Versorgungsleistung, 295, insb. Fn. 20.
101 Urteil des BGer 4A_433/2013 vom 15. April 2014; STEHLE, Versorgungsleistung, 295.

Vorexemplar Referenten

HÜRZELER[102] verweist darauf, dass Ersparnisse und Rücklagen i.d.R. den gesamten Lebensstandard grundlegend erhöhen, und demnach einer Vermögensbildung die Versorgungseigenschaft nur mit Zurückhaltung abgesprochen werden sollte. Mit Verweis auf die österreichische Praxis postuliert HÜRZELER[103], dass nur diejenigen Rücklagen auszuscheiden sind, «welche eindeutig auf die Deckung der Individualinteressen des Versorgers abzielen und von diesem auch tatsächlich verbraucht worden wären.» In dieselbe Richtung argumentiert auch WEBER.[104]

E. Ein- oder zweiphasige Berechnung

Das Bundesgericht berechnet den Versorgungsschaden seit BGE 84 II 292 konstant mit einer einphasigen Berechnung, indem bereits ab Todestag des Versorgers oder der Versorgerin kapitalisiert wird.

«Die Begründung dieses Vorgehens liegt darin, dass ab Todestag ungewiss wird, ob ohne den fraglichen Haftpflichtfall der Versorger weitergelebt hätte; er wäre möglicherweise bereits am folgenden Tag einem (anderen) tödlichen Unfall erlegen. Diese Ungewissheit verunmöglicht (zumindest streng theoretisch) eine etappenweise Schadenberechnung.»[105]

BITTEL[106] verweist auf BGE 124 III 222, worin zwar eine einphasige Berechnung erfolgte, das Bundesgericht aber konkret bis zum Urteilstag gerechnet hat.

Im neuen Jahrtausend spricht sich dagegen die Lehre[107] praktisch einhellig[108] für eine zweiphasige Berechnung aus. Die Vorzüge einer zweiphasigen Berechnung haben bereits SCHAETZLE/WEBER[109] mit einer umfangreichen Begründung dargelegt. Insbesondere können alle Tatsachen zwischen Todestag und Urteils- oder Rechnungstag konkret berücksichtigt werden.

Vorexemplar Referenten

102 HÜRZELER, 290.
103 HÜRZELER, 291.
104 WEBER, Wer versorgt wen womit, 192.
105 BK-BREHM, Art. 45 OR N 94.
106 BITTEL, 57.
107 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, 2.46; SCHMID, 21f.; BITTEL, 86 ff.; BK-BREHM, Art. 45 OR N 96; ZK-LANDOLT, Art. 45 OR, N 189; FELLMANN/KOTTMANN, N 2126; WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.166.
108 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 186 verweist auf viele Autoren, die sich zur Frage der ein- oder zweiphasigen Kapitalisierung *vor 2000* geäussert haben. Dabei zeigt sich ein sehr uneinheitliches Bild.
109 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, 4.95 ff.

«Am Rechnungstag ist z.B. feststellbar, wie gross die aufgelaufene Teuerung ist, was eine Ersatzkraft für die Haushaltführung oder Betreuung bis zum Rechnungstag kostet, ob der versorgte Partner lebt und sich wieder verehelicht hat und welche anrechenbaren Sozialversicherungsrente bis heute erbracht wurden.»[110]

Selbstverständlich sind sowohl die Sterbens- als auch die Invalidisierungswahrscheinlichkeit des Versorgers oder der Versorgerin zwischen Todestag und Urteils- oder Rechnungstag zu berücksichtigen. Gerade bei älteren Versorgern und einer längeren Abwicklungsdauer zwischen Todes- und Rechnungstag können diese Korrekturfaktoren erheblich ins Gewicht fallen.

Zu verweisen ist auf die Arbeitsgruppe BSV/SLK/Suva,[111] die sich für eine zweiphasige Berechnung ausgesprochen hat.

Nachdem die Vorteile der zweiphasigen Berechnung des Versorgungsschadens eindeutig überwiegen, besteht kein Grund, weiterhin die einphasige Berechnung zu favorisieren. Kommt schlussendlich hinzu, dass die Resultate einer ein- und zweiphasigen Berechnung nur in einem vernachlässigbaren Rahmen voneinander abweichen.[112] Zutreffend ist das Fazit von WEBER/SCHAETZLE[113] bereits im Jahr 2010, wonach sich die zweiphasige Berechnung in der Praxis längst eingespielt hat.

F. Fazit

Die Baustellen im Bereich der Berechnung des Versorgungsschadens im Erwerb sind mannigfaltig. Offen ist insbesondere, ob sich die neue Berechnungsmethode von WEBER[114] in der Praxis und vor allem vor den Gerichten durchsetzt. Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht in absehbarer Zeit die Gelegenheit erhält, einerseits zu dieser neuen Berechnungsmethode und andererseits selbstverständlich auch zu den übrigen offenen Fragen Stellung zu beziehen.

Vorexemplar Referenten

110 SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, 4.98.
111 Empfehlung 6/2003 vom 30.10.2003, HAVE 2003, 355.
112 FELLMANN/KOTTMANN, N 2131 ff.
113 WEBER/SCHAETZLE, 351.
114 WEBER, Wer versorgt wen womit, 185 ff.

IV. Ausgewählte Aspekte zum Versorgungsschaden aus Haushaltsführung

A. Versorgungsquote, Eigenversorgungsanteil und Verteilung

1. «Tour d'horizon» über Lehre und Rechtsprechung bis 2012

In der Rechtsprechung, vor allem aber in der Lehre, kursieren divergierende Meinungen bezüglich der anzuwendenden Versorgungsquoten und insbesondere bezüglich der Methoden zur Berechnung des Eigenversorgungsanteils sowie der Verteilschlüssel auf die Hinterbliebenen:

In der Gerichtspraxis werden auch für die Berechnung des Versorgungsschadens aus Haushaltführung die üblichen Quotentabellen von SCHAETZLE/WEBER herangezogen, obwohl die Autoren selber festhalten, diese schematischen Verteilungspläne seien wegen der ihr zugrunde liegenden Überlegungen für den Haushaltschaden nicht anwendbar;[115] so geschehen in den Urteilen des BGer 5C.7/2001 vom 20. Juli 2007 sowie 4C.195/2001 vom 12. März 2002. In letztgenanntem Urteil ist das Bundesgericht ausserdem von einem Eigenversorgungsanteil der verstorbenen Hausfrau in einem Vierpersonenhaushalt von pauschal fünf Stunden pro Woche ausgegangen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat Ende 2006 ebenfalls die Versorgungsquoten aus SCHAETZLE/WEBER herangezogen und auf den gestützt auf die SAKE-Zahlen ermittelten Gesamthaushaltaufwand (beider Ehepartner) 60% veranschlagt, und zwar explizit allein aus Praktikabilitätsgründen und unter Inkaufnahme eines unangemessenen Ergebnisses.[116]

[115] FELLMANN/KOTTMANN, N 2277 mit Verweis auf SCHAETZLE/WEBER, N 4.127 und 4.131 sowie auf SCHMID, 33.

[116] Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 22623 vom 21. Dezember 2006 E. 3.4.2: «Es kann zwar unter Umständen zu unangemessenen Ergebnissen führen, wenn die Versorgungsquote aus Haushalt mit jener aus Erwerbseinkommen gemäss Schaetzle/Weber […] gleichgesetzt wird, da weder der Umfang der Haushaltarbeit noch der Versorgungsbedarf der Haushaltangehörigen direkt vom Erwerbseinkommen abhänge (Pribnow/Schmid, a. a. O. S. 71; vgl. auch Schaetzle/Weber, a. a. O., N 4.131). Dennoch wendet die Praxis im Sinne einer – vor allem in Fällen einer Versorgung sowohl in Form von Geld als auch in Form von Naturalleistungen – gebotenen praktikablen Schadenberechnung die sich auf Geldversorgung beziehenden Ansätze auch auf die Versorgung aus der wegfallenden Haushaltführung an (vgl. die Nachweise bei Schmid, 33). Insbesondere wird nicht auf die Untersuchung von Schultz-Borck/Hofmann [...] zurückgegriffen, obwohl dieser relativ konstante, möglicherweise verallgemeinerungsfähige Haushaltversorgungsquoten entnommen werden können […].».

Vorexemplar Referenten

PRIBNOW hat dieses Urteil mit Verweis auf seine in der Literatur anerkannten Ideen entsprechend kritisiert.[117]

Denn in der Lehre herrscht schon seit geraumer Zeit Einigkeit, dass die Grundlagen von SCHAETZLE/WEBER im Haushaltschaden nicht zur Anwendung kommen dürfen. Zentral ist hierzu der Beitrag von PRIBNOW/SCHMID in HAVE 2003, 70 ff., in welchem diese gestützt auf Untersuchungen von SCHULTZ-BORCK/HOFMANN[118] Versorgungsquoten von 75% für den 2-Personen-, 85% für den 3-Personen-, 90% für den 4-Personen-, 92% für den 5-Personen- und 93% für den 6-Personenhaushalt präsentieren.

Am Personen-Schaden-Forum 2010 konstatierte WEBER: «Völlig in der Luft hängen wir bei der Frage, wie die Versorgung aus Haushaltführung zu bestimmen ist». Auch er kritisierte die Berechnungsmethode des Berner Verwaltungsgerichts, aber der Vorschlag von PRIBNOW/SCHMID erschien ihm angesichts der Erkenntnislücke sinnvoll.

Am Personen-Schaden-Forum 2012 präsentierten FULLIN/WYSSMANN/ZIGERLI sowie FISCHER weitere Ideen, wie der Malaise zu begegnen ist. Beide Beiträge setzen sich dabei u. a. mit der Dissertation von STEHLE auseinander, aber mit unterschiedlichen Ergebnissen. FISCHER[119] wies schliesslich zusammenfassend darauf hin, dass die Entwicklung im Fluss sei und letztlich erst ein aktueller Richterspruch Klarheit bringen könne, welche der vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 OR am ehesten entspreche.

2. (Schaden-)Praxis ab 2013

Die Judikatur zum Haushaltversorgungsschaden ist weiterhin äusserst spärlich. Das Regionalgericht Berner Oberland hat im Jahre 2013 seine Berechnung auf die von PRIBNOW/SCHMID[120] präsentierten Versorgungsquoten abgestützt, im Bewusstsein, «dass diese Zahlen als relativ hoch erachtet werden könnten.»[121]

Konkret hat das Gericht unter Anwendung der SAKE-Werte folgende Rechnungsformel vorgenommen: Versorgungsquote vom Gesamtaufwand (Aufwand

117 PRIBNOW, 164 f.

118 SCHULTZ-BORCK/HOFMANN, Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 6. Aufl., Karlsruhe 2000, Tabelle 11, 25.

119 FISCHER, 39.

120 PRIBNOW/SCHMID, 70 ff.

121 Urteil des Berner Oberlands Thun CIV 12329 vom 8. Mai 2013 E. 3.3.3.; vgl. die Urteilsbesprechung von LÄUBLI-ZIEGLER, 37.

Vorexemplar Referenten

Klägerin plus Aufwand Verstorbener am Haushalt) minus Ohnehin-Aufwand Klägerin am Haushalt minus Kinderabzug; bei einem Kind ging das Gericht von einem auf das Kind anfallenden Anteil von ¼ und einem solchen von ¾ für die Witwe aus. Das Berner Obergericht schützte im Jahre 2017 die Berechnung der Vorinstanz und bezeichnete die Kritik, dass nicht auf die deutschen Zahlen abgestützt werden dürfe, als schwer nachvollziehbar.[122]

WEBER/SCHAETZLE/DOLF[123] präsentieren analog der Berechnungsweise der Berner Gerichte ein Rechnungsbeispiels für einen 2-Personen-Haushalt wie folgt:

Wert der Haushaltführung Verstorbene A (25 h x CHF 30 x 52)	CHF 39'000
Wert der Haushaltführung Hinterbliebener B (15 h x CHF 30 x 52)	CHF 23'400
Total Wert Haushaltführung	CHF 62'400
Versorgungsanteil B. 75%	CHF 46'800
Abzüglich Eigenanteil B.	CHF 23'400
Zu kapitalisierender Versorgungsschaden	CHF 23'400

Aufgrund der wenigen Fälle und der noch viel selteneren Gerichtsurteile kann jedoch noch nicht davon die Rede sein, dass sich diese Berechnungsmethode basierend auf den von PRIBNOW/SCHMID vorgeschlagenen Versorgungsquoten in der Schadenpraxis wirklich etabliert hat.

3. Neue Zahlen, Kalkulationshilfen und Methoden von WEBER ab 2018

a) Erste Neuerungen in HAVE 2018, 362 ff.

WEBER präsentierte erstmals im Jahre 2018 neue Ansätze zur Berechnung der Eigenversorgungsanteile und damit der Versorgungsquoten sowie zur Verteilung auf die Hinterbliebenen.

Er erachtete zwar den Ansatz als grundsätzlich plausibel, auf Gesamtzahlen für Paarhaushalte abzustellen, welche um eine bestimmte Anzahl Stunden reduziert werden, um vom so ermittelten Aufwand die von der hinterbliebenen Person ohnehin geleistete Hausarbeit wieder abzuziehen. Er wies aber darauf hin, dass für die als Folge der wegfallenden Hausarbeiten nötige Reduktion leider keine verlässlichen Erfahrungszahlen vorhanden seien. Die von PRIBNOW/SCHMID[124]

122 Urteil des Obergerichts des Kanton Bern ZK 16 486 vom 21. Juni 2017; bestätigt mit Willkürprüfung im Urteil des BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018.

123 WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.195 ff.

124 Vgl. oben, Ziffer IV B. 2. a): PRIBNOW/SCHMID, Die Versorgungsquoten, 71 f.

Vorexemplar Referenten

bereits 2003 als geeignete Grundlage präsentierten deutschen Zahlen könnten zwar eine Grössenordnung aufzeigen. Demgegenüber bestehe aber die Problematik, dass die zugrundeliegenden Daten nicht bekannt seien und das Schadenverständnis in Deutschland unterschiedlich sei.

Bereits 2018 postulierte WEBER deshalb, für die empirisch nicht genügend erklärbare Reduktion des Haushaltaufwandes solle eine mathematisch erklärbare Formel gewählt werden. Als gesichert könne gelten, dass sich – vergleichbar mit den Fixkosten – die Arbeiten im Haushalt durch das Ausscheiden einer Person nicht proportional reduzieren, weil sich gewisse Arbeiten, wie z.B. das Zubereiten von Mahlzeiten oder die administrativen Arbeiten, aber auch das Einkaufen und Waschen, in einem Paarhaushalt nicht einfach halbieren.

In Deutschland bewege sich die Reduktion bei einem Paarhaushalt bei ca. 25%. Zu dieser Prozentzahl gelange man auch, wenn man die Hälfte des gesamten Stundenaufwandes durch 2 teilt. Die Reduktion könne nun so berechnet werden, dass die Hälfte des Stundenaufwandes durch die Anzahl Personen im Haushalt geteilt werde. Den so ermittelten Gesamtversorgungsanteil wollte WEBER bei einem Paarhaushalt mit Kindern nicht nach Köpfen auf alle Hinterbliebenen aufteilen, sondern dem überlebenden Partner einen etwas grösseren Teil zugestehen.

b) «Wer versorgt wen womit» - Personen-Schaden-Forum 2019

WEBER präsentierte in der Folge am Personen-Schaden-Forum 2019 in seinem Beitrag «Wer versorgt wen womit» eine weiterentwickelte, aber in wesentlichen Teilen andere Berechnungsmethode mit entsprechend neuem Zahlenmaterial und neuen Tabellen.

(1) Zentrale Änderung

Kern der neuen «Methode WEBER» ist sein Vorschlag, im Mehrpersonenhaushalt mit Kindern klar zwischen Kinderbetreuung und den eigentlichen Haushaltstätigkeiten zu unterscheiden. Nur auf den Haushaltarbeiten im eigentlichen Sinne sei ein Eigenversorgungsanteil zu rechnen, nicht jedoch auf den Zahlen der Kinderbetreuung.

Vorexemplar Referenten

WEBER begründet diesen fundamental neuen Ansatz kurz damit, dass der Versorgungsschaden der Kinder in Folge wegfallender Betreuung direkt dem SAKE-Wert «Aufwand für die Kinderbetreuung» entspreche und dieser exklusiv den Kindern zustehe.[125]

(2) Bestimmung des Eigenversorgungsanteils bzgl. eigentlicher Haushaltarbeit

WEBER weist darauf hin, dass demgegenüber für die eigentlichen Haushaltstätigkeiten (d. h. den Zeitaufwand ohne Kinderbetreuung) die SAKE-Daten in Bezug auf den Versorgungsschaden *nicht* verwertbar seien: Ohne zusätzliche Erhebungen könne die durch den Wegfall einer Person entstandene Veränderung den SAKE-Tabellen nicht entnommen werden.

Wie bereits in HAVE 2018, 362 ff. aufgezeigt basierten die deutschen Zahlen – entgegen oftmaliger Annahme – nicht auf Erfahrungswerten und würden in der Konzeption der Daten erheblich von den SAKE-Erhebungen abweichen. Deshalb sollten diese deutschen Zahlen nicht ohne weiteres übernommen werde, selbst wenn in diversen Urteilen diese der Berechnung zugrunde gelegt wurden.[126]

WEBER hält in der Folge an der in HAVE 2018, 362 ff. präsentierten Idee fest, für die Reduktionsquote des Eigenversorgungsanteils sei eine rein rechnerisch nachvollziehbare Methode zu wählen, welche sich mangels anderweitiger Referenzwerte aber an der bisherigen Praxis orientieren soll: Für die reinen Haushaltstätigkeiten sei mit einem Fixaufwand von 50% zu rechnen und der variable Aufwand sei durch die ursprüngliche Anzahl Köpfe des Haushalts vor dem Todesfall zu teilen. Der auf die verstorbene Person entfallende variable Anteil stelle deren Eigenversorgungsanteil dar.

Im Paarhaushalt ohne Kinder ergibt sich damit folgende Berechnung des abzuziehenden Eigenversorgungsanteils: 100% / 2 (Fixaufwand) / 2 (Personen) = 25%.

In einem Paarhaushalt mit einem Kind entspricht der Eigenversorgungsanteil 16,7%: 100% / 2 (Fixaufwand) / 3 (Personen)

Und in einem solchen mit zwei Kindern beträgt der Eigenversorgungsanteil 12,5%: (100% / 2 (Fixaufwand) / 4 (Personen).

Vorexemplar Referenten

125 WEBER, Wer versorgt wen womit, 220.
126 WEBER, Wer versorgt wen womit, 221.

Im Vergleich zu den ursprünglich von PRIBNOW/SCHMID[127] im Jahre 2003 ins Spiel gebrachten Zahlen ergeben sich in Haushalten mit Kindern folgende minimale Abweichungen der Eigenversorgungsanteile und Versorgungsquoten:

	Vorschlag Pribnow/Schmid gestützt auf Schultz-Borck/Hofmann	Neue Zahlen gemäss Weber
2-Personen-Haushalt	75%	75%
3-Personen-Haushalt	85%	83,3%
4-Personen-Haushalt	90%	87,5%
5-Personen-Haushalt	92%	90%
6-Personen-Haushalt	93%	93,7%

(3) Bestimmung der einzelnen Versorgungsanteile der Hinterbliebenen

Von allen Haushalt- und Betreuungsarbeiten im Familienkontext lässt sich gemäss der neu von WEBER vertretenen Meinung nur die Kinderbetreuung exakt zuordnen. Alle übrigen Tätigkeiten kommen gemäss Weber «ganz überwiegend allen Familienmitgliedern» zu. Deshalb sollten nur diese übrigen, eigentlichen Haushaltstätigkeiten wie die Fixkosten bei der Bildung der Versorgungsquoten gleichmässig verteilt werden; nur für die Haushaltsführung im engeren Sinne lasse sich eine gleichmässige Verteilung rechtfertigen, da diese Tätigkeiten allen Familienangehörigen zugutekommen.

In Konsequenz seiner Überlegungen kommt für WEBER die von ihm in HAVE 2018, 362 ff. präsentierte, oben dargestellte Berechnungsmethode nicht mehr in Frage, wonach dem überlebenden Partner durchwegs ein grösserer Anteil in Form einer gewichteten Aufteilung zuzurechnen wäre.

Vorzeitiger Referenten

127 PRIBNOW/SCHMID, 71.

(4) Neue vorgeschlagene Quotentabelle aus Haushaltführung und Kinderbetreuung

WEBER plädiert in «Wer versorgt wen womit» neu für eine Aufteilung der Versorgungsanteile aus reiner Haushaltarbeit nach Köpfen. Bei den Kindern sei zu dieser Haushalttätigkeit der «Kinderbetreuungsaufwand» zu addieren, welcher wie oben erwähnt gemäss WEBER ungeschmälert aus den SAKE-Werten herausgelesen werden könne.

Nach all seinen Überlegungen und Einrechnung der «Betreuungszahlen» nach SAKE in die «Haushaltszahlen» präsentiert WEBER zwei neue Quotentabellen für die Versorgung aus Haushaltführung und Kinderbetreuung, eine mit Einzelquoten aufgeteilt in Männer und Frauen[128] und eine «Unisex-Quotentabelle»[129], da sich die Quoten bei Männern und Frauen nicht allzu stark unterscheiden und «als Konzession an die stets anzustrebende Vereinfachung der Schadenberechnung».

4. Auswirkungen und Diskussion der «neuen Methode WEBER»

a) Sozialversicherungsrechtliche Optik

ROTHENBERGER[130] hat die «neue Methode WEBER» aus sozialversicherungs- bzw. koordinationsrechtlicher Sicht untersucht. Er zeigt anhand seiner neun oben unter Ziffer III. C. dargestellten Fallkonstellationen auf, dass die neuen Vorschläge von WEBER auch für den Versorgungsschaden aus Haushaltführung bei reduzierten Erwerbspensen der verstorbenen Person zu einer Verlagerung der Schadenersatzansprüche von der Witwe auf die hinterbliebenen Kinder führt.

Die neuen Verteilungsmodalitäten zu Gunsten der Halbwaisen führt zum Ergebnis, dass die AHV nur einen Teil der von ihr ausgerichteten Hinterlassenenrenten regressweise geltend machen kann, wogegen bei den Kindern regelmässig ein beträchtlicher Direktschaden entsteht.

Gemäss ROTHENBERGER sei aber das Interesse der Sozialversicherer an einer möglichst ähnlichen Verteilung von Sozialversicherungs- und Haftpflichtansprüchen zwischen Witwe und Halbwaisen gewichtiger als das Interesse an einer realitätsnäheren Verteilung des haftpflichtrechtlichen Versorgungsschadens.[131]

128 WEBER, Wer versorgt wen womit, 224, Abb. 14.
129 WEBER, Wer versorgt wen womit, 225, Abb. 15.
130 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 248 ff.
131 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 251.

Vorexemplar Referenten

b) Haftpflichtrechtliche Optik

«Verlierer» wäre nach der «neuen Methode WEBER» beim Versorgungsschaden aus Haushaltführung in Mehrpersonenhaushalten mit Kindern aber nicht nur die AHV, welcher wie von ROTHENBERGER dargestellt Regresssubstrat wegbricht, sondern aus nachfolgenden Gründen auch der Haftpflichtversicherer.

Die neu mit einem Fixaufwand von 50% errechneten Versorgungsquoten sind wie oben unter Ziffer IV. A. 3. b) (2) aufgezeigt mit denjenigen von PRIBNOW/SCHMID praktisch identisch. STÄHELI liefert diesbezüglich interessante Kritikpunkte, wonach der Fixaufwand bzw. der Sockelwert von 50% zu hoch angesetzt sei und die Witwe damit regelmässig übermässig entschädigt werde. STÄHELI weist zutreffend darauf hin, dass gemäss den SAKE-Tabellen die teil- sowie die nichterwerbstätige Frau bei jedem Haushaltstyp (mit oder ohne Kinder) ca. doppelt so viel leistet wie der Partner und dass diese Tatsache bei der Berechnung der Ansprüche der einzelnen Versorgten mitzuberücksichtigen ist.[132]

Zudem führt der von WEBER postulierte Verzicht auf eine Versorgungsquote bei den SAKE-Anteilen «Kinderbetreuung» im Vergleich zu herkömmlichen Berechnungsmethoden immer zu höheren Schadenersatzansprüchen der hinterbliebenen Kinder. Es erschliesst sich den Autoren aber nicht, weshalb der *gesamte* SAKE-Wert «Kinderbetreuung» direkt dem gesuchten Versorgungsschaden entsprechen und exklusiv den Kindern zustehen soll, wie es WEBER konstatiert.[133] Denn es ist fraglich, ob der durch den Tod wegfallende Aufwand regelmässig allein dem Kind oder nicht vielmehr der ganzen Familie und/oder dem Bedarf des betreuenden Elternteils diente.

Es leuchtet ein, dass die SAKE-Tätigkeiten «Kinder essen geben, waschen, ins Bett bringen» allein dem Kleinkind zugutekommen und im Falle des Todes eines Elternteils ein Anspruch auf Ersatz in gleichem Umfang bestehen muss. Heikler wird die Diskussion schon bei der SAKE-Unterkategorie «Kinder begleiten, transportieren»: Wenn der Vater seinen Nachwuchs beispielsweise an (Hobby-)Aktivitäten (Sport-, Kultur-, Schulveranstaltungen etc.) begleitet, dürfte die entsprechende Zeit nicht nur im Interesse des Kindes liegen. Und wenn dabei auch noch die Mutter des Kindes zugegen war, änderte sich bezüglich Aufwands nach dem Tod des Vaters nichts.

Bei der weiteren SAKE-Unterkategorie «Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen», welche Tätigkeit den weitaus grössten Wert der ganzen SAKE-

132 STÄHELI, 211 f.
133 WEBER, Wer versorgt wen womit, 219.

Vorexemplar Referenten

Kinderbetreuung ausmacht[134], fliessen definitiv die Bedürfnisse sowie die Zeit *sowohl der Kinder als auch der Eltern* ineinander. Das Spiel lebt regelmässig vom «Miteinander» und dient nicht nur dem Kind, sondern auch dem teilnehmenden Elternteil sowie der ganzen Familie. Gerade wegen des Interessens jedes Elternteils kommen die entsprechenden SAKE-Werte «Spielen» in einer bestimmten Grössenordnung zu liegen. Ausserdem erfolgen regelmässig viele Freizeitaktivitäten im ganzen Familienverbund mit der Folge, dass beim Wegfall *eines* Elternteils sich an der Aktivitätszeit des anderen nichts ändert. Es fragt sich auch unter diesem Gesichtspunkt, weshalb dieser *gesamte* SAKE-Wert ungeschmälert dem Kind zufliessen soll.

SUMMERMATTER[135] rechtfertigt die «neue Methode WEBER» in seiner Replik auf die Kritik von ROTHENBERGER[136] generell mit Verweis auf das Unterhaltsrecht. Dies vermag bezüglich Versorgungsschaden aus Erwerb zutreffen, denn geldwerte Unterhaltsleistungen sind vom Kind einklagbar. Aber ist «Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen» insbesondere im Umfang des SAKE-Wertes justiziabel?

Die herrschende Lehre interpretiert Art. 45 Abs. 3 OR als Ausnahmehaftungsnorm, welche restriktiv auszulegen ist.[137] Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint es fraglich, ob im Falle des Versterbens eines Elternteils das Kind Anspruch auf normativen Fortbestand der gesamten «Spiel-Zeit» mit dem verstorbenen Elternteil hat, zumal der entsprechende Aufwand qualitativ in keiner Weise durch die Anstellung einer Ersatzkraft aufgefangen werden könnte.[138]

Es bleibt festzuhalten, dass die bewährte Methode, eine zu bestimmende Versorgungsquote über den *gesamten* SAKE-Aufwand des Elternpaars zu legen, entgegen der «neuen Methode WEBER» nicht zu den oben aufgezeigten, heiklen Abgrenzungsfragen führt und vor allem eine einfachere Schadenberechnung mit sich bringt, was Ziel jeder haftpflichtrechtlichen Schadenregulierung sein muss.

In Anlehnung an SUMMERMATTER[139] ist festzustellen, dass der Komplexitätsgrad der Materie generell kaum mehr zu bewältigen ist. Ohne das Berechnungs-

134 Beispiel: In einem Paarhaushalt mit einem Kind beträgt der SAKE-Wert des 100% erwerbstätigen Vaters eines 3–6-jährigen Kindes insgesamt 31.4h, wovon «Mit Kindern spielen, Hausaufgaben machen» 10.1h pro Woche ausmachen, mithin ca. 1/3 des Gesamtwerts.

135 SUMMERMATTER, 426.

136 ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 231 ff.

137 ZK-LANDOLT, Vorbemerkungen zu Art. 45/56 OR N 128.

138 Verwiesen sein in diesem Zusammenhang auf BK-BREHM, Art. 45 OR N 178, nach welchem sich der «Qualitätsverlust beim Wegfall der Betreuung durch die Mutter auf seelischer Ebene» auswirkt und daher unter dem Titel «Genugtuung» auszugleichen ist.

139 SUMMERMATTER, 426.

Vorexemplar Referenten

programm LEONARDO ist eine Schadenkalkulation kaum mehr zu erstellen und Aufwand sowie Komplexität der Berechnung korrelieren nicht mit der tiefen und glücklicherweise weiter abnehmenden Anzahl der Versorgungsschadenfälle.

B. Dauer / Fortbestand der Versorgung aus Haushaltsführung

1. Kinder: Zeitliche Limitierung per Abschluss Ausbildung

Wenig problematisch ist die Frage, wie lange ein versorgtes Kind aufgrund des Tods des haushaltführenden Elternteils zu entschädigen ist. Die Rechtsprechung nimmt hier – wie auch beim Versorgungsschaden aus Erwerb – regelmässig eine Versorgung des Kindes bis zu dessen Alter von 18 bis 20 Jahren an, es sei denn aufgrund der Ausbildungssituation sei eine längere Versorgungsdauer ausgewiesen.[140]

2. Partner: Mitberücksichtigung von sich verändernden Lebensumständen

In der Lehre wird gemeinhin angenommen, dass die gegenseitige Unterstützung in der Haushaltsführung bis zum Ende der Aktivität gedauert hätte.[141] Eine zeitliche Limitierung wird lediglich in Ausnahmefällen angenommen, wenn der hinterbliebene versorgte Partner vor der Schadenfallregulierung wieder heiratet[142], eine befristete Unterhaltsverpflichtung gemäss Scheidungskonvention besteht[143] oder vor dem Ableben eine derart zerrüttete Paarbeziehung vorlag, dass von einem bedeutenden, nicht nur theoretischen Scheidungsrisiko auszugehen ist.[144]

Das theoretische, gemäss Statistik in heutiger Zeit aber hohe Scheidungsrisiko[145] sowie die Frage von dessen Einfluss auf die Versorgungsschadenberechnung wird in der Lehre kontrovers diskutiert.[146] Das Bundesgericht hat sich bis heute noch nicht damit befassen müssen.

STEHLE hat sich 2010 vertieft mit der Frage auseinandergesetzt und sich im Ergebnis für die Mitberücksichtigung des Scheidungsrisikos gestützt auf Zahlen des

140 FELLMANN/KOTTMANN, N 2286 mit Verweis auf BK-BREHM, Art. 45 OR N 183 f.; STEHLE, N 576 mit Hinweisen auf diverse Urteile.

141 FELLMANN/KOTTMANN, N. 2287; ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 301 ff.

142 FELLMANN/KOTTMANN, N 2203; ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 126; ROBERTO, N 27.14.

143 SCHAETZLE/WEBER, N 3.374.

144 FELLMANN/KOTTMANN, N. 2217 mit Verweis auf weitere Lehrmeinungen.

145 Die Scheidungsrate in der CH betrug in den letzten 15 Jahren zwischen 40–50% gemäss <www.scheidung-divorce.ch/de/infos/scheidungshaeufigkeit-in-der-schweiz-14.html>, zuletzt besucht am 12.01.2021.

146 Vgl. die gegenteiligen Lehrmeinungen dargestellt von FELLMANN/KOTTMANN, N 2217 f. und IMHOF, 304.

Vorexemplar Referenten

Bundesamtes für Statistik ausgesprochen, wobei im Versorgungsschaden aus Erwerb aber eine mögliche zeitlich begrenzte Unterhaltspflicht aufgrund der Scheidung im Auge zu behalten ist. Da aber ein nachehelicher Unterhalt für Haushaltarbeit nicht existiert und die Versorgung aus Haushaltführung spätestens mit der Scheidung ersatzlos wegfällt, muss gemäss STEHLE «das Scheidungsrisiko beim Haushaltversorgungsschaden der Witwe oder des Witwers in vollem Umfang angerechnet werden».[147]

FISCHER[148] hält 2012 unter Verweis auf STEHLE fest, dass die Scheidung eine überholt kausale Ursache des Versorgungsausfalls, die Möglichkeit zur Wiederverheiratung aber einen Vorteil von Todes wegen darstellen. Es bestehe zwischen möglicher Scheidung *vor* und Wiederverheiratung *nach* dem Tod kein Zusammenhang,[149] weshalb beide Wahrscheinlichkeiten kumulativ zu berücksichtigen seien. Die Berücksichtigung der Scheidungswahrscheinlichkeit sei aber auf Fälle ohne familienrechtliche Unterhaltspflichten zu beschränken.

IMHOF hat die Thematik in HAVE 2019, 301 ff. aufgegriffen und plädiert dafür, dass neben der Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit auch diejenige einer potentiellen neuen Partnerschaft sowie auch das Versorgungsrisiko «Scheidung» mittels Statistiken zu quantifizieren sei, da eine individuelle Prognose schlicht nicht möglich sei. Den in heutiger Zeit naturgemäss zu erwartenden zukünftigen Veränderungen der Lebensumstände nach einem Verlust des Partners könne nicht mit einer zeitlichen Limitierung Rechnung getragen werden, jedoch aber mittels konsequenter Anwendung von Statistiken gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR, womit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge angemessen Rechnung getragen werde.

Dabei hätten die statistisch ausgewiesenen Wahrscheinlichkeitsquoten als überwiegend wahrscheinlich zu gelten, auch wenn sie unter 50% liegen. IMHOF weist zu Recht darauf hin, dass auch unter 50% liegende Wahrscheinlichkeiten einer Wiederverheiratung ohne weiteres sowohl von der Rechtsprechung als auch der Lehre kürzend berücksichtigt werden[150].

Vorexemplar Referenten

147 STEHLE, Versorgungsschaden, N 610.
148 FISCHER, 28.
149 Vgl. dazu auch WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.203.
150 Mit Verweis auf die Rechtsprechung und Lehre in ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 138, BK-BREHM, Art. 45 OR N 110 und 121, FELLMANN/KOTTMANN, N 2203, ROBERTO, N 27.14 und STEHLE, Versorgungsschaden, N 678 ff.

Weiter ruft er in Erinnerung, dass auch ein Konkubinatspartner von der herrschenden Lehre als Versorger akzeptiert wird[151], so dass konsequenterweise sogar die Wahrscheinlichkeit eines stabilen Konkubinats mitberücksichtigt werden sollte.

Dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die tabellarischen Werte der Wiederverheiratungsrate unterschreite, sei ausserdem nicht gerechtfertigt.

IMHOF zeigt in seinem Beitrag nach Ansicht der Autoren eindrücklich und einleuchtend auf, dass dem gesellschaftlichen Zeitgeist und den heute vorherrschenden Wertevorstellungen nur durch die Mitberücksichtigung von naheliegenden Veränderungen der Lebensumstände wie etwa eine neue Partnerschaft entsprochen werden kann und dass dies auf adäquate sowie rechtlich vertretbare Weise mittels konsequenter Berücksichtigung von Statistiken zu geschehen hat. Zudem weist IMHOF zurecht darauf hin, dass es keine Gründe für eine Abweichung der statistisch ausgewiesenen Wahrscheinlichkeiten einer Wiederverheiratung gibt.

C. Globalrechnung vs. getrennte Einzelrechnung

1. Ausgangslage / Problemstellung

Gemäss Art. 74 Abs. 1 ATSG gehen die Ansprüche für Leistungen gleicher Art auf den Versicherungsträger über. Gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. f ATSG sind Hinterlassenenrenten und Ersatz für Versorgungsschaden Leistungen gleicher Art.

Offen ist seit Jahren die zentrale Frage, ob damit im Sinne einer Gesamtschadenberechnung die Versorgung aus Erwerb und diejenige aus Haushaltführung monetär zusammenzuzählen und die Sozialversicherungsleistungen vollständig anzurechnen sind oder aber der Versorgungsausfall aus Erwerb und Haushaltführung je einzeln zu berechnen und von einer «Gesamtversorgung» abzusehen ist.

2. Lehre und Rechtsprechung der letzten 20 Jahre

Die diesbezüglichen Beiträge seit 2001 aus dem Schrifttum sind zahlreich und die vertretenen Meinungen gehen weit auseinander.[152]

151 Mit Verweis auf FELLMANN/KOTTMANN, N 2112.

152 FULLIN/WYSSMANN/ZIGERLI, 80 f., rechnen auch bei einer Teilerwerbstätigkeit nur an den Versorgungsschaden aus Erwerb an; STEHLE, Versorgungsschaden, 702 ff., sieht eine Kongruenz der AHV-Rente mit dem Versorgungsschaden aus Erwerb und Haushalt; FRÉSARD-FELLAY (Le recours subrogatoire de l' assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007, zit. in FELLMANN/KOTTMANN, N 2249) verweist auf BGE 124 III 222, worin das Bundesgericht für den Bereich der AHV die sachliche Kongruenz zwischen Witwenrente und Versorgungsschaden aus Geld oder natura bejaht

Vorexemplar Referenten

Ein überwiegender Teil der Lehre[153] vertritt jedoch die Ansicht, dass sich eine Anrechnung an den Gesamtschaden aufgrund der fehlenden sachlichen Kongruenz verbiete und fordert eine Anrechnung der Hinterlassenenrenten der AHV analog der IV-Renten, d.h. dass die Anrechnung von der ausgeübten Tätigkeit abhängen soll. Die Rentenleistungen nach UVG und BVG seien dagegen ausschliesslich an die Versorgung aus Erwerb anzurechnen.

Schon 2003 machten PRIBNOW/SCHMID[154] darauf aufmerksam, dass neben koordinationsrechtlichen Bedenken auch solche rechnerischer Natur ins Feld zu führen seien: Die nach herrschender Lehre unterschiedlichen Versorgungsquoten für Versorgungsschaden aus Erwerb und Haushaltführung einerseits sowie die unterschiedliche Kapitalisierung hinsichtlich Versorgungsdauer und anzuwendenden Tafeln andererseits.[155]

Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht vertieft mit den diversen Lehrmeinungen auseinandersetzen müssen und zur vorliegenden Problematik bis heute keinen Grundsatzentscheid gefällt.

Das Bundesgericht hat aber in seinem Urteil 5C.7/2001 vom 20. Juli 2001 E. 8 die Gesamtschadenberechnung der Vorinstanz geschützt, welche das gesamte Erwerbseinkommen beider Ehepartner mit dem Wert der Haushaltarbeit zu einem Totalbetrag zusammengezählt und davon ausgehend mit einer einheitlichen Versorgungsquote den Gesamtversorgungsanteil festgelegt und sodann die AHV- sowie UVG-Waisenrente des klagenden Sohnes der Verstorbenen in Abzug gebracht hat.

und festgehalten habe, der Gesetzgeber habe mit dem Subrogationsprinzip die als stossend empfundenen Überentschädigungen beim Zusammentreffen von AHV/IV-Renen und Haftpflichtansprüchen vermeiden wollen; mit FRÉSARD-FELLAY postuliert ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz, 304 ff., die Kongruenz und Koordination sämtlicher Hinterlassenenleistungen der Sozialversicherer mit dem gesamten Versorgungsschaden. Verwiesen sei auch auf die neuesten Beiträge aus der Ecke der Sozialversicherer in HAVE 2019, 288 ff. (Forum: Aktuelle Fragen rund um den Versorgungsschaden).

153 ZK-Landolt, Art. 45 OR N 341 ff.; BITTEL, 77 f.; SCHMID, 43; PRIBNOW/SCHMID, 72; WEBER/SCHAETZLE, 298.

154 PRIBNOW/SCHMID, 72.

155 Vgl. auch WEBER/SCHAETZLE/DOLF, N 9.200.

Vorexemplar Referenten

Kantonale Urteile sind wenige ergangen, wobei schon «pro» sachliche Kongruenz zum gesamten Versorgungsschaden,[156] aber auch dagegen bzw. im Sinne einer strengen sachlichen Kongruenz entschieden wurde[157].

Damit hat sich auch in der Judikatur bis heute keine einheitliche Linie gebildet.

3. Die Sicht des Haftpflichtversicherers

Für den Haftpflichtversicherer spielt es aus wirtschaftlicher Sicht keine Rolle, welcher Theorie gefolgt wird. Falls die Gesamtschadenhöhe einmal feststeht, geht es einzig um die Frage, ob entweder den Hinterbliebenen oder aber den Sozialversicherern bzw. welchen Sozialversicherern im Umfang der Überentschädigung der Versorgungsschaden aus Haushaltführung zugestanden werden soll.[158]

Es gilt für den Haftpflichtversicherer aber zu vermeiden, dass kumulativ an die Direktgeschädigten *und* den/die Regressnehmer Leistungen für den Versorgungsschaden aus Haushaltführung geleistet werden. Immer haben folglich in der Schadenpraxis *vor* der Direktschaden- oder Regressregulierung bezüglich der umstrittenen Frage verbindliche Absprachen mit allen involvierten Anspruchstellern zu erfolgen. Erst wenn sich Opfervertreter und Sozialversicherer nicht einig sein sollten, müsste sich der Haftpflichtversicherer in einem allfälligen Prozess gegenüber der Klägerschaft zur umstrittenen Frage positionieren.

D. Fazit

Bis heute hat sich keine klare Praxis herausgebildet, wie die Versorgungsleistungen aus wegfallender Haushaltführung zu bemessen sind, insbesondere wie sich der Eigenversorgungsanteil bestimmt und wie das Versorgungssubstrat auf die Hinterbliebenen zu verteilen ist. Ja, unterschiedlicher könnten die Vorschläge und

156 Urteil des Bezirksgericht Luzern 1A1 11 18 vom 12 März 2013, welches ein Splitting bei einer AHV-Hinterlassenenrente auf Erwerbs- und Haushaltschaden ablehnt. Vgl. die Urteilsbesprechung von HERRMANN, Aspekte des Regressrechts des Sozialversicherers im Versorgungsschaden, in: HAVE 2014, 36 ff.

157 Urteil des Regionalgerichts Oberland Thun CIV 12329 vom 8. Mai 2013 (E.3.3.5) und Urteil des Obergerichts Bern ZK 16 486 vom 21. Juni 2017, welche mit ausführlicher Begründung und Darstellung der Lehrmeinungen die Verrechnung einer Überentschädigung im Bereich des Versorgungsschadens aus Erwerb mit demjenigen aus Haushaltsführung ablehnen; bestätigt mit Willkürprüfung im Urteil des BGer 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018.

158 Vgl. ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz, 314: «Den Haftpflichtigen tangiert die Verteilung – eine korrekte Schadenregulierung vorausgesetzt – nicht. Er wird durch die Anrechnung weder bevorzugt noch benachteiligt.»

Voexemplar Referenten

Beurteilungen der letzten 20 Jahre aus Lehre und Rechtsprechung nicht sein. Wir stellen eine fast schon chaotisch anmutende Situation mit vielen sowie teils stark divergierenden Meinungen und höchstkomplexen Berechnungsvorschlägen fest.

Es ist zu hoffen, dass sich das Bundesgericht auch in diesem Bereich des Versorgungsschadens bald vertieft mit den offenen Fragen sowie den dargestellten neueren Lehrmeinungen auseinandersetzen muss und Rechtssicherheit in Form einer gefestigten Rechtsprechung einkehrt.

Dabei sollte stets das von FISCHER[159] zutreffend formulierte Ziel für die haftpflichtrechtliche Schadenregulierung im Blick behalten werden, nämlich einen raschen, transparenten, möglichst realitätsnahen und letztlich verständlichen Ausgleich zwischen Schädiger und Anspruchsberechtigten zu schaffen.

In der Praxis sind wir alle – Richter, Anwälte, Versicherungsvertreter, Lehrbeauftragte – auch als bestens qualifizierte Fachspezialisten durch die Komplexität der vorliegend diskutierten Materie stark gefordert. Der verschiedentlich gehörte Ruf nach Vereinfachungen sollte deshalb so gut wie möglich in die Realität umgesetzt werden, im Bewusstsein der auch schon zitierten Worte von STARK[160]: «Der Versorgungsschaden ist auf jeden Fall falsch.»

V. Entwicklungen bei der Genugtuung in Folge Tötung

A. Der Kreis der Anspruchsberechtigten

1. Lehrmeinungen und Praxis bis 01/2012

Das Gesetz erwähnt in Art. 47 OR im Falle der Tötung eines Menschen «die Angehörigen des Getöteten» als Anspruchsberechtigte. [161] Es umschreibt aber nicht weiter, welche Personen als «Angehörige» gelten.

In Lehre und Rechtsprechung bis Anfang 2012 bestand schon lange Einigkeit, dass nicht jedes Familienmitglied als anspruchsberechtigt im Sinne des Art. 47 OR gilt.

159 FISCHER, 37.

160 Zit. von WEBER, Wer versorgt wen womit, 236 und ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 251 aus ALFRED KELLER, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Bern 1998, 86.

161 Der französische Gesetzestext übersetzt die anspruchsberechtigten Angehörigen mit «famille». Die italienische Version spricht analog des deutschen Texts wiederum von Angehörigen.

Vorexemplar Referenten

Umstritten war aber, wie weit genau der Kreis der Anspruchsteller gehen soll und ob darunter auch Nichtverheiratete und Nichtverwandte wie Konkubinatspartner[162] oder sogar Freund/innen[163] fallen sollen.

Einige Autoren vertreten die Auffassung, die Bestimmung des Art. 47 OR sei es restriktiv auszulegen. Zur Begründung wird betont, bei den Angehörigen handle sich um Reflexgeschädigte, und Reflexschäden seien im schweizerischen Haftpflichtrecht nur ausnahmsweise zu ersetzen.[164] Andere Lehrmeinungen gehen dahin, dass nicht die rechtliche Verwandtschaft Anspruchsvoraussetzung sein soll, sondern eine enge faktische Beziehung zum Verstorbenen. Denn auch weder verwandte noch verheiratete Bezugspersonen könnten in einer nahen Beziehung zueinander stehen, womit es sich bei den Genugtuungsberechtigten nicht um Erben handeln müsse.[165] Einigkeit besteht in der Lehre wiederum darin, dass der Kreis der Angehörigen nicht zwangsläufig mit demjenigen der versorgten Personen deckungsgleich sein muss.[166]

Das Bundesgericht hat Verlobte, obwohl sie nicht als Verwandte und Familienangehörige gelten, schon seit jeher als Anspruchsberechtigte akzeptiert.[167] Bezüglich Konkubinatspartnern hat das Bundesgericht die Frage der Anspruchsberechtigung bis 2011 explizit offengelassen.[168]

Die Basler Justiz hat im Jahre 2009 einer Konkubinatspartnerin einen Genugtuungsanspruch verweigert (BJM 2009, 39 ff.).[169]

2. Februar 2012: Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten

Mit seinem Urteil 6B_368/2011 vom 2. Februar 2012 hat das Bundesgericht bezüglich Konkubinatspartnern in einem Grundsatzentscheid Klarheit geschaffen

162 Vgl. dazu etwa BK-BREHM, Art. 45 OR N 160 ff. und ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 413

163 Vgl. dazu HÜTTE, 158 und ZK-LANDOLT, Art. 47 N 416

164 FELLMANN/KOTTMANN, N 2643 und BK-BREHM, Art. 45 OR N 134 und 160.

165 FELLMANN/KOTTMANN, N 2643 mit Verweis auf weitere Lehrmeinungen; ZK-LANDOLT, Art. 47 OR N 408 ff.

166 FELLMANN/KOTTMANN, N 2643 und BK-BREHM, Art. 45 OR N 135.

167 BK-BREHM, Art. 45 OR N 159 mit Verweis auf die Rechtsprechung.

168 BGE 114 II 144 149 E. 3 sowie Urteil des BGer 1A.196/2000 vom 7. Dezember 2000 E 3.d): «Im Zeitpunkt des Tötungsdelikts bestand wohl eine langjährige und enge Beziehung des Beschwerdeführers zu B., doch zeichnete sie nicht jene Nähe aus, wie sie bei Ehepaaren *und allenfalls auch Konkubinatspaaren* üblich ist. […] Der fehlende gemeinsame Wohnsitz erscheint in dieser Situation nicht als blosse Äusserlichkeit, sondern zeigt, dass sich die Beziehung des Beschwerdeführers zu B. nicht mit jener von Ehepaaren und Konkubinatspartnern vergleichen lässt.».

169 BJM 2009, 39 ff., zit. in FELLMANN/KOTTMANN, N 2648.

Vorexemplar Referenten

und entschieden, Konkubinatspartner gälten als Angehörige und fielen demzufolge grundsätzlich unter den Anwendungsbereich von Art. 47 OR.

Allerdings solle der Begriff «Angehöriger» eng ausgelegt werden, sodass nur eine Person, die in einem stabilen Konkubinat lebe, als Angehörige gelten könne. Eine mehrjährige Dauer eines Konkubinatsverhältnisses sei sicher ein Indiz für ein stabiles Konkubinat, nicht aber allein ausschlaggebend; massgebend seien die Umstände, die ein Richter in jedem Einzelfall zu beurteilen habe (E. 2.3).

Im vorliegenden Fall sei von den vorinstanzlichen Feststellungen bindend auszugehen, wonach der Getötete und dessen Partnerin seit mehr als vier Jahren zusammen unter einem Dach gelebt, Tisch und Bett geteilt und auch Heiratspläne geschmiedet hatten, weshalb von einem stabilen Konkubinat auszugehen sei, was den Anspruch der Konkubinatspartnerin auf eine Genugtuung begründe.

Die Vorinstanz habe diesen Anspruch aus «Respekt für die Monogamie» abgelehnt. Diesem Ansatz sei nicht zu folgen. Dass die Ehefrau des Verstorbenen, welche von diesem seit vier Jahren getrennt gelebt habe, eine Genugtuung erhalte, schliesse die Zusprechung weiterer Genugtuungssummen etwa an die Konkubinatspartnerin nicht aus.[170]

3. Neuere Lehrmeinungen und Tendenzen

a) Genugtuung für Verwandten und Partnern ähnlich nahestehende Personen?

Bereits im Jahre 2005 thematisierten HÜTTE[171] und GURZELER[172], dass auch ein «nachweislich guter Freund» Anspruchsteller sein könne.

BERGER[173] greift den Faden 2015 auf und meint, es erscheine heutzutage überholt, dass ein Anspruch auf Genugtuung praktisch nur für Verwandte in gerader Linie beziehungsweise Ehegatten und Partner gelten soll. Er weist darauf hin, dass sich viele Menschen guten Freunden näher fühlen als den eigenen Verwandten. Es sei daher sachgerecht, auch Nichtverwandten einen Genugtuungsanspruch zuzuerkennen unter der Voraussetzung, dass sie zu beweisen vermögen, es habe sie mit der verstorbenen Person eine ausserordentlich enge Beziehung verbunden.

170 Vgl. zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichts auch JURIUS, Konkubinat: Todesfall-Genugtuung auch für Konkubinatspartner, in: Jusletter 20. Februar 2012 sowie JETZER LAURA, Schmerzensgeld im Konkubinat, in: Jusletter 16. April 2012.

171 HÜTTE, 158.

172 GURZELER, 150.

173 BERGER, N 11.57.

Vorexemplar Referenten

b) Generelle Ausrichtung von Genugtuungen an Grosseltern, Geschwister und Enkelkinder?

Gemäss BERGER gebiete es der Wandel der Zeit ausserdem, regelmässig den hinterbliebenen Grosseltern, Geschwistern und Enkeln einen Genugtuungsanspruch zuzugestehen. Denn aufgrund des Fortschritts in der Medizin und dem damit verbundenen sehr tiefen Niveau der Kindersterblichkeit und von Todesfällen aufgrund unbehandelbarer Krankheiten gehöre es nicht mehr zum üblichen Lauf der Dinge, ein Kind respektive Enkelkind zu verlieren.

c) Schadenpraxis und Bewertung

In heutiger Zeit ist verbreitet eine abnehmende Bedeutung von Verwandtschaftsverhältnissen im Vergleich zu früheren Jahrzehnten und Generationen festzustellen. Ob damit einhergehend aber eine Zunahme der Bedeutung sowie der emotionalen Tiefe von freundschaftlichen Verbindungen verbunden ist, erscheint fraglich. Jedenfalls haben die erwähnten Lehrmeinungen in der Rechtsprechung bisher keinen Niederschlag gefunden. Es existiert kein Urteil, welches sich zum Genugtuungsanspruch von Freund/Innen äussert. Auch in der Schadenpraxis wird ein solcher kaum je zum Thema gemacht.

Nachdem der Gesetzestext die Zusprechung von Genugtuungen «unter Würdigung der besonderen Umstände» ins Ermessen des Richters stellt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einem seltenen Einzelfall auch ein «guter Freund» als «Angehöriger» qualifiziert wird und entsprechend grundsätzlich anspruchsberechtigt sein könnte. Auch können im Einzelfall und ausnahmsweise entferntere Verwandte die Voraussetzung der besonders intensiven Beziehung erfüllen. Zu denken ist hier vor allem an die besonderen Verhältnisse in Dreigenerationenhaushalten.

4. Zusammenfassung der aktuell in der Praxis Genugtuungsberechtigten

Das Bundesgericht hat im Jahre 2014 die grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzungen treffend wie folgt umrissen[174]: «Nicht jede immaterielle Unbill rechtfertigt die Zusprechung einer Genugtuung. Vorausgesetzt sind nach Art. 47 OR «besondere Umstände».

[174] Urteil des BGer 6B_714/2013 vom 25. März 2014 unter E. 4.2 mit Verweisen auf FELLMANN/KOTTMANN, N 2645 ff.

Vorexemplar Referenten

Die Verletzung muss damit einen relativ hohen Intensitätsgrad aufweisen. Anspruchsberechtigt sind insbesondere die Eltern und die Geschwister des Getöteten. Massgebend ist neben dem Verwandtschaftsgrad die Intensität der Beziehung.»

Die Eltern seien anspruchsberechtigt, auch wenn das Kind im Todeszeitpunkt erwachsen war und nicht mehr im elterlichen Haushalt lebte, jedoch ist die Genugtuung in diesem Fall herabzusetzen.[175] Der Anspruch der Geschwister setze demgegenüber grundsätzlich voraus, dass der Getötete im gleichen Haushalt lebte oder das Geschwister aufgrund eines derart engen Kontakts «durch den Verlust einen aussergewöhnlich schweren seelischen Schmerz erleidet».

Der Genugtuungsanspruch kann ganz wegfallen oder reduziert werden, wo die familiären Beziehungen «so lose oder wenig herzlich waren, dass man von einem wahren Leid nicht sprechen kann.»[176]

Damit ergibt sich folgende Übersicht der aktuell unter der Voraussetzung einer intensiven Beziehung in der Praxis grundsätzlich als genugtuungsberechtigt anerkannten Angehörigen, anlehnend an die Darstellungen von BERGER[177] und FELLMANN/KOTTMANN[178]:

- Lebenspartner (Ehegatten sowie eingetragene Partner, Verlobte und Konkubinatspartner in eheähnlicher Gemeinschaft)
- Eltern, unabhängig von Wohnort und Alter des verstorbenen Kindes
- Kinder, unabhängig von Wohnort und Alter des verstorbenen Elternteils
- Geschwister im gleichen Haushalt; nur ausnahmsweise ausserhalb des gleichen Haushalts bei besonders enger Beziehung
- Weiter entfernte Verwandte nur ausnahmsweise bei besonders enger Beziehung zum Verstorbenen, beispielsweise bei gemeinsamem Haushalt

B. Bemessungsmethoden zur Bestimmung der Genugtuung

1. Kein Tarif für die Genugtuung

An der Herangehensweise zur Festsetzung der Genugtuung nach Todesfällen hat sich in den letzten 20 Jahren nichts geändert: Für die Festsetzung der Genugtuung

175 Urteil des BGer 1C_106/2008 vom 24. September 2008 E. 3.2.2.
176 FELLMANN/KOTTMANN, N 2649.
177 BERGER, N 11.24.
178 FELLMANN/KOTTMANN, N 2645 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

Vorexemplar Referenten

an Hinterbliebene gibt es – wie für alle anderen Arten der Genugtuung – keinen «Tarif», wie etwa für die Bestimmung der Integritätsentschädigung nach UVG mit den sog. Suva-Tabellen.[179]

BERGER weist darauf hin, «dass der Gesetzeswortlaut gerade kein Schema, sondern die individuelle Zumessung wünscht».[180]

Das Bundesgericht hat seit 2001 seine konstante Rechtsprechung dazu in diversen Entscheiden bestätigt und auch für die Genugtuung in Folge Tötung festgehalten, deren Bemessung sei ein Entscheid nach Billigkeit. Sie richte sich *nicht* nach schematischen Massstäben und dürfe *nicht* nach festen Tarifen festgesetzt werden, sondern müsse dem Einzelfall angepasst werden.[181]

Gerade bei der Todesfallgenugtuung relativiert sich der Wunsch von WEBER[182] nach einem schematischen Raster generell für die Genugtuungsfestsetzung mit dem Ziel der Transparenz sowie Egalität. Denn hier haben diverse Autoren Tabellen der Basiswerte je nach Verwandtschafts- und Beziehungsgrad entwickelt, welche regelmässig als Grundlagen für die Bestimmung einer Todesfallgenugtuung herangezogen werden (vgl. unten Ziffer C. 1.)

2. Zwei-Phasen-Methode, Präjudizien-Methode oder beide vereint?

a) Lehre: Zwei-Phasen-Methode

In der Lehre dominiert zur Bestimmung der Todesfallgenugtuung die Zwei-Phasen-Methode, wie sie das Bundesgericht in BGE 132 II 117 für die Festsetzung einer Genugtuung nach Körperverletzung angewendet hat.[183]

Demnach wird in einer ersten Phase die Basis- oder Regelgenugtuung nach der Nähe der Beziehung definiert. In der zweiten Phase erfolgt dann eine Erhöhung oder eine Reduktion unter Berücksichtigung der individuellen Faktoren des Einzelfalls.

Vorexemplar Referenten

179 HÜTTE, 147; BK-BREHM, Art. 47 OR N 62.
180 BERGER, N 11.43.
181 vgl. etwa Urteil des BGer 6B_714/2013 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 132 II 117 E. 2.2.3.
182 WEBER, Ermessen, 13 und WEBER, Vereinfachungen, 294.
183 HÜTTE, 153 ff; FELLMANN/KOTTMANN, N 2688 ff.; ZK-LANDOLT, Art. 47 OR N 425 ff.

b) Rechtsprechung: Methodenvielfalt

Die Judikatur hat sich für die Festsetzung der Todesfallgenugtuung auch in seiner neueren Rechtsprechung nicht zu einer bestimmten Methode bekannt.[184] Das Bundesgericht lässt die Methodenvielfalt zu und gibt damit den Vorinstanzen die Möglichkeit, die für den konkreten Fall passendste Bemessungsmethode zu wählen.[185]

GUYAZ stellt fest, dass sich namentlich für die Genugtuung an Hinterbliebene die kantonalen Gerichte sehr häufig auf die Zwei-Phasen-Methode abstützen.[186]

Auch das Bundesgericht hat etwa im Urteil 6B_714/2013 vom 25. März 2014 E. 4.2 unter mehrfachem Verweis auf FELLMANN/KOTTMANN, N 2688 ff. die Zwei-Phasen-Theorie zur Anwendung gebracht.

Im Urteil 4A_423/2008 vom 12. November 2008 E. 2.1 hat das Bundesgericht demgegenüber ausgeführt: «Bei der Bestimmung der Genugtuung kann in einem ersten Schritt gestützt auf *ähnlich gelagerte Fälle* ein Basisbetrag bestimmt werden, der anschliessend unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angepasst wird.» Das Bundesgericht baute seine zweiphasige Methode in diesem Urteil also auf Präjudizien auf, welche es sodann einzelfallbezogen angepasst hat.

c) Schadenpraxis: Methoden-Mix

BERGER[187] weist darauf hin, dass nach wie vor das Abstellen auf Präjudizien eine sehr verbreitete Bestimmungsmethode ist und dass selbst die Ausgabe des Standard-Werks «Genugtuungsrecht» aus dem Jahre 2013 von HÜTTE/LANDOLT neben einer ausführlichen Anleitung zur Zwei-Phasen-Methode sowie der Raster für Basisgenugtuungen Hunderte von Präjudizien enthält. Es sei deshalb seines Erachtens eine justiziable Lösung eine Genugtuungsfestsetzung nach der Zwei-Phasen-Methode mit einigen Präjudizien abzugleichen.

In der Schadenpraxis kommt denn auch regelmässig eine solche Mischung beider Bemessungsmethoden zur Anwendung: Im konkreten Fall wird nach der Zwei-Phasen-Methode ein Betrag als Genugtuung definiert, welcher sodann mit Blick auf vergleichbare Präjudizien rückgekoppelt und angepasst wird.

Vorexemplar Referenten

184 GUYAZ, 242 ff.
185 BERGER, N 11.43.
186 GUYAZ, 243.
187 BERGER, N 11.43.

C. Die Höhe von Todesfall-Genugtuungen und deren Entwicklung

1. Basisgenugtuung

Verschiedene Autoren haben in den letzten zwanzig Jahren tabellarische Zusammenstellungen der Basiswerte für die Genugtuungen nach Todesfolge je nach (Verwandtschafts-)Beziehung (sog. Stufentheorie) erstellt.[188]

Dabei ergeben sich erhebliche Differenzen zwischen den Lehrmeinungen insbesondere bei der Genugtuung für Kinder, Eltern und sonstigen Verwandten - und zwar unabhängig von deren Publikationsdatum.

Das traditionsreiche Werk «Genugtuungsrecht», in der Ausgabe von 2013 herausgegeben von HÜTTE/LANDOLT, ist in der Schadenpraxis nach wie vor nicht wegzudenken und liefert regelmässig die Basis für Lösungsfindungen zwischen Rechtsvertretern von Hinterbliebenen und Versicherern.

Entsprechend werden hier die von HÜTTE/LANDOLT postulierten Regel-Genugtuungen dargestellt:

Verlust Ehegatte	CHF 30'000 – 50'000
Verlust Lebenspartner	CHF 20'000 – 30'000
Verlust Kind	CHF 25'000 – 35'000 CHF 15'000 – 25'000 ohne gemeinsamen Haushalt
Verlust Elternteil	CHF 20'000 – 30'000 CHF 10'000 – 15'000 ohne gemeinsamen Haushalt
Verlust Geschwister in gemeinsamem Haushalt	CHF 5'000 – 8'000
Verlust andere Verwandte	CHF 0

In der jüngsten vertieften Abhandlung zur Todesfall-Genugtuung aus dem Jahre 2015 hat sich BERGER auch mit den Basiswerten von HÜTTE/LANDOLT auseinandergesetzt.[189] Er lobt einerseits die darin neu aufgenommene Unterscheidung, ob Anspruchsberechtigter und Todesopfer im gleichen Haushalt lebten oder nicht sowie die neu enthaltene Genugtuung für Lebenspartner auch in deren Höhe.

188 FELLMANN/KOTTMANN, N 2689; ZK-LANDOLT, Art. 47 OR N 439 ff. und BERGER, N 11.60 mit Darstellungen von diversen Autoren; HÜTTE/LANDOLT, 100 ff.; HÜTTE, 153 ff.

189 BERGER, N 11.53 ff.

Vorexemplar Referenten

BERGER moniert auf der anderen Seite erstens, dass HÜTTE bei den Basiswerten nochmals einen Rahmen (von bis zu CHF 20'000!) setzt – wo ihm beizupflichten ist – und zweitens, dass die Genugtuungen für Eltern und Kinder generell zu tief angesetzt seien und dass sich für Eltern und Kinder nicht gleichhohe Ansätze finden. Mit GURZELER ist er der Meinung, der Verlust eines Kindes oder Elternteils wiege in etwa gleich schwer wie derjenige eines Ehepartners und schwerer als derjenige eines nicht verheirateten Lebenspartners.[190]

2. Rechtsprechung

Es ist festzuhalten, dass die oben dargestellten Postulate von BERGER und GURZELER nach höheren Basisgenugtuungen insbesondere für Kinder und Eltern in der Rechtsprechung bisher keinen Niederschlag gefunden haben.

Gerade bei Todesfällen von erwachsenen Kindern und von Eltern von erwachsenen Kindern divergiert die neuere Rechtsprechung sogar erheblich zu den insbesondere von GURZELER und BERGER geforderten Beträgen. Exemplarisch werden hier – im Bewusstsein, dass dabei ausgehend von der Basisgenugtuung individuelle Faktoren Mitberücksichtigung fanden - genannt:

a) Das Urteil des BGer 6B_714/2013 vom 25. März 2014 E. 4.3,

in welchem die vorinstanzlich zugesprochenen Genugtuungen an die Eltern von je CHF 10'000 eines mit 30 Jahren Verstorbenen nicht mehr zu Hause Lebenden sowie die Verwerfung einer Genugtuung an die auch nicht mehr im gleichen Haushalt lebende Schwester geschützt wurde.

b) Das Urteil des BGer 6B_1145/2018 vom 28. Mai 2019,

in welchem die Genugtuung von CHF 15'000 an den Vater eines 26-jährigen, noch zuhause wohnenden Verkehrsunfallopfers geschützt wurde, obwohl das Verschulden des Unfallverursachers als mittelschwer bis schwer qualifiziert wurde.

3. Die «Macht» der individuellen Faktoren am Beispiel «Alter des Getöteten»

Die individuellen Faktoren des Einzelfalls relativieren die Diskussionen über die angemessene Höhe der Basisgenugtuung wesentlich. Sowohl reduzierende als auch erhöhende Faktoren können zu erheblichen Abweichungen von den in der

[190] BERGER, N 11.56 und N 11.60; GURZELER, 320 ff.

Vorexemplar Referenten

Lehre kursierenden Basis- beziehungsweise Regelgenugtuungen führen, was exemplarisch anhand des Faktors «Alter des Geschädigten» aufgezeigt wird:

Es finden sich Lehrmeinungen, wonach das Alter des Verstorbenen für die Genugtuung keine grosse Rolle spiele.[191] Als Begründung wird angefügt, der Schmerz über den Verlust eines Angehörigen treffe Jung und Alt in etwa gleich.

Die in HÜTTE/LANDOLT[192] dargestellte kantonale Rechtsprechung seit 2001 zeigt demgegenüber teilweise markante Kürzungen im Falle des Ablebens von Personen in fortgeschrittenem Alter: So wurde beim Verlust der 63-jährigen Mutter ein Betrag von CHF 10'000 zugesprochen, beim Verlust des 89-jährigen Vaters CHF 4'000, der 93-jährigen Mutter CHF 3'000 und des «betagten Elternteils in einem Altersheim» geradezu CHF 2'000 zuerkannt.

4. Keine allgemeine Erhöhung, aber Mitberücksichtigung der Teuerung

Im oben erwähnten Urteil des BGer 6B_1145/2018 vom 28. Mai 2019 hat sich das Bundesgericht auch zur Frage einer generellen Erhöhung von Genugtuungsbeträgen sowie einer solchen aufgrund der Teuerung ausgelassen. Es hat unter E. 3.2 ausgeführt, dem Anspruchsteller könne nicht gefolgt werden, wenn er unter Bezugnahme auf die in der Vergangenheit regelmässig erfolgte Erhöhung der Integritätsentschädigung nach UVG argumentiere, die Genugtuungssummen seien ebenfalls generell zu erhöhen. Das bedeute freilich nicht, dass eine Entwicklung abgeschlossen sei. Orientiere sich das Gericht an Präzedenzfällen, so müsse es den aktuellen Umständen Rechnung tragen, namentlich der in der Zwischenzeit eingetretenen Geldentwertung. Umgekehrt entspreche es der Natur der Genugtuung als Ausgleich immaterieller Unbill, dass die Höhe nicht einfach die Preisentwicklung nachvollzieht, sondern die wertenden und sich teilweise ändernden Vorstellungen über eine angemessene Abgeltung immateriellen Unbills widerspiegle.

Bereits in älteren Entscheiden[193] hat das Bundesgericht gleich argumentiert und eine generelle Erhöhung im Vergleich zu früheren Urteilen abgelehnt, von der einzelfallweisen Anpassung an die Teuerung abgesehen.

TRACHSEL erkennt in seiner Dissertation «Die Bemessung der Genugtuung: eine rechtsvergleichende Studie» im Jahre 2018 zwar eine generelle Tendenz in der Rechtsprechung zu höheren Genugtuungssummen.[194] Es ist aber zu betonen, dass

191 BK-BREHM, Art. 45 N 138 f.; BERGER, N 11.82.
192 HÜTTE/LANDOLT, 96.
193 vgl. etwa BGE 114 II 144 E. 3.b und 113 II 339 E. 6.
194 TRACHSEL, 167.

Vorexemplar Referenten

er in seinem Werk die Todesfall-Genugtuung nur am Rande sowie nur anhand von wenigen Fallbeispielen von Vorsatzdelikten an Kindern abhandelt und in seinen Vorbemerkungen zu diesem Teilaspekt ausführt, im Bereich der Angehörigengenugtuung sei in der Schweiz aufgrund der wenigen Urteile hierzu der Präjudizienvergleich erschwert.[195]

Der Ruf nach höheren Todesfall-Genugtuungen wird auch im Zusammenhang mit einem kürzlich ergangenen Urteil vom 30. Juni 2020 des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[196] lauter. Der EGMR hat darin der Eidgenossenschaft eine Missachtung von Art. 2 EMRK (Schutz des Lebens) vorgeworfen und sie zur Zahlung einer Genugtuung von Euro 50'000 an die Mutter des verstorbenen erwachsenen Sohnes verurteilt. Es kann festgestellt werden, dass die Einzelfallumstände, welche zu einer Genugtuung in der zugesprochenen Höhe führten, im Urteil nicht dargelegt wurden. Die Erwägung, welche die Genugtuung thematisiert, ist äusserst knapp, und es fehlen jegliche Ausführungen zur Herleitung des gesprochenen Betrags. Es dürfte sich um einen tragischen Einzelfall sehr spezifischer Natur handeln, der sich nicht generell auf das schweizerische Haftpflichtrecht übertragen und aus welchem sich keine Tendenz zu höheren Genugtuungen in der Schweiz ableiten lässt.

D. Fazit

Aufgrund des Wandels der gesellschaftlichen Wertvorstellungen und der Bedeutung von Verwandtschaftsverhältnissen ist es nachvollziehbar, dass das Bundesgericht den Kreis der Anspruchsberechtigten nach Art. 47 OR erweitert hat und nicht mehr formell auf die Familie im Rechtssinn beschränkt. Umgekehrt sollte aber von der blossen familiären Verbundenheit nicht auf die Intensität der Beziehung geschlossen werden. Beispielsweise sollte der getrenntlebenden Ehefrau nur bei tatsächlicher emotionaler Betroffenheit und nicht allein aufgrund ihres Status' ein Genugtuungsanspruch zustehen.

Es bleibt abzuwarten, ob alternativ zu engen *familiären* Beziehungen ein noch stärkeres Abstellen auf enge *faktische* Beziehungen und damit in Einzelfällen eine weitere Öffnung der Genugtuung für nicht-familiäre und nicht-partnerschaftliche Beziehungen erfolgen wird.

195 TRACHSEL, 215.
196 Urteil des EGMR vom 30. Juni 2020, 23405/16, Frick vs. Suisse.

Vorexemplar Referenten

In der Schadenpraxis haben in Ergänzung der Zweiphase-Methode auch die Präjudizien erheblichen Einfluss. Die Wahl der Methode ist aber gar nicht entscheidend; wichtig ist einfach, allen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden. Und diesen Einzelfallfaktoren kommt in der Rechtsprechung richtigerweise entscheidende Bedeutung zu, wie das Beispiel des Faktors «Alter des Getöteten» zeigt. Die Festsetzung der Genugtuung ist in den Grundfragen geklärt, auch wenn – je nach Gesichtspunkt – nicht alle Wertungen zu überzeugen vermögen.

Das Niveau der Genugtuungsbeträge nach Todesfällen hat sich in den letzten 20 Jahren nicht wirklich verändert. Das Bundesgericht lässt eine Erhöhung von Genugtuungsbeträgen einzig aufgrund des Zeitenlaufs analog der IE nach UVG nicht zu, jedoch eine Anpassung aufgrund der Teuerung, falls eine solche im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände angezeigt ist.

Literaturverzeichnis

BITTEL THOMAS, Ausgewählte Fragen zum Versorgungsschaden, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 53 ff.

BERGER MAX B., Die Genugtuung und ihre Bestimmung, in: Weber/Münch (Hrsg.), Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 495 ff.

BREHM ROLAND – in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR; 3. Aufl., Bern 2006 (zit. BK-BREHM)

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftung des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012

FISCHER JÜRG, Berechnungsvorschläge zum Versorgungsschaden aus der Praxis, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2021, 19 ff.

FULLIN NICOLAI/WYSSMANN RÉMY/ZIGERLI OLIVIER, Berechnung des Versorgungsschadens – Ist einfach auch richtig?, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 67 ff.

GURZELER BEATRICE, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss. Bern 2004

GUYAZ ALEXANDRE, Le tort moral en cas d'accident: une mise à jour, SemJud 2013 II, 215 ff.

HÜRZELER MARC, Versorgungsschaden: Vermögensbildung und Anrechnung güter- und erbrechtlicher Zuwendungen, HAVE 2019, 290 ff.

Vorexemplar Referenten

HÜTTE KLAUS, Anleitung zur Ermittlung angemessener Genugtuungsleistungen im Zivil- und im Opferhilferecht, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich/Basel/Genf 205, 141 ff.

HÜTTE KLAUS/LANDOLT HARDY, Genugtuungsrecht, Band I: Genugtuung als Folge von Tötung oder Sexualdelikten, Zürich/St. Gallen 2013

IMHOF CHRISTIAN, Der Versorgungsschaden, ein Dauerschaden?, HAVE 2019, 301 ff.

LANDOLT HARDY, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V1c: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, 2. Lieferung: Art. 45–49 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. ZK-LANDOLT)

DERS., Fragen der Vorteilsanrechnung, HAVE 2019, 298 ff. (zit. LANDOLT, Vorteilsanrechnung)

LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Facettenreiche Versorgerschadenberechnung, Urteil des Regionalgerichts Oberland, Thun, CIV 12 2329 vom 08. Mai 2013, HAVE 2014, 36 ff.

ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, Bern 2013

PARDEY FRANK, Berechnung von Personenschäden, 4. Aufl., Heidelberg 2010

PRIBNOW VOLKER/SCHMID MARKUS, Die Versorgungsquoten aus Erwerbseinkommen und Haushaltführung, HAVE 2003, 70 ff.

PRIBNOW VOLKER, Urteilsübersicht zum Haftpflichtrecht, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2009, 143 ff.

ROTHENBERGER ADRIAN, Der Kongruenzgrundsatz als Steuerungsmittel für eine gerechte Allokation von Haftpflichtleistungen (Teil 2), HAVE 2016, 304 ff. (zit. ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz)

DERS., «Wer versorgt wen womit», eine koordinationsrechtliche Herausforderung, HAVE 2019, 231 ff. (zit. ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung)

SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001

SCHAH SEDI CORDULA/SCHAH SEDI MICHEL, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 5: Personenschäden, 2. Aufl., Bonn 2014

SCHMID MARKUS, Aspekte und Thesen zum Versorgungsschaden, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004 11 ff.

STÄHELI FREDDY, Vorschläge für die Berechnung der Versorgung aus Haushaltführung, HAVE 2020, 211 f.

STARK EMIL, Berechnung des Versorgungsschadens, ZSR 1986, 337 ff.

STAUFFER WILHELM/SCHAETZLE THEO, Barwerttafeln, 3. Aufl., Zürich 1970 (zit. STAUFFER/SCHAETZLE, 3. Aufl.)

DIES., Barwerttafeln, 4. Aufl., Zürich 1989 (zit. STAUFFER/SCHAETZLE, 4. Aufl.)

Vorexemplar Referenten

STEHLE BERNHARD, Der Versorgungsschaden, Dogmatik und Berechnung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. STEHLE, Versorgungsschaden)

DERS., Zur Versorgungsleistung, HAVE 2019, 292 ff. (zit. STEHLE, Versorgungsleistung)

SUMMERMATTER DANIEL, Der Regress folgt dem Schaden, Replik zum Beitrag Rothenberger in HAVE 2019, 231 ff., HAVE 2019, 426 ff.

TRACHSEL JOHN, Die Bemessung der Genugtuung: eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Zürich 2018

WEBER STEPHAN, Ermessen, Entwicklungen und andere Überraschungen, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, 11 ff. (zit. WEBER, Ermessen)

DERS., Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 291 ff. (zit. WEBER, Vereinfachungen)

DERS., Neue Berechnungsmethoden und Kalkulationshilfen für den Personenschaden, HAVE 2018, 360 ff. (zit. WEBER, Neue Berechnungsmethoden)

DERS., Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, 185 ff. (zit. WEBER, Wer versorgt wen womit?)

WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Personenschaden in Rück- und Ausblick – eine kritische Standortbestimmung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, 281 ff.

WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC/DOLF REMO, Der Personenschaden und seine Berechnung, in: Weber/Münch (Hrsg.), Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 395 ff.

WEBER STEPHAN/VOSS ROLAND, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadenberechnung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 232 ff.

Vorexemplar Referenten

Christian Huber*

Bedeutsame Änderungen in Deutschland und Österreich in diesem Jahrtausend

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 192

II. Ersatz ideeller Schäden 195

A. Ersatz körperlicher und psychischer Schäden des Verletzten 195

1. Bezugnahme auf eine passende Vorentscheidung 195
2. Rationalität des Bemessungsvorgangs 197
3. Die derzeitige Spitze des Eisbergs – Höchstzusprüche bei Schwerstverletzungen 199
4. Dauerbrenner (in Deutschland): HWS-Verletzungen 200

B. Ersatz von mittelbar Geschädigten 202

1. Schockschaden und Fernwirkungsschaden 202
2. Trauerschmerzensgeld und Hinterbliebenengeld 204
3. Sonstige Schadensposten bei Reflexgeschädigten 207

III. Vermögensschaden 208

A. Hausführung und Pflege 208

1. Ausschliesslich subjektiv-konkrete oder auch normative Abrechnung 208
2. Nützlichkeit versus Entbehrlichkeit von Tabellen 210
3. Ersatzfähigkeit von Opportunitätskosten 211

B. Eigenleistungen bei Verletzung und Tötung 213

C. Erwerbsschaden 214

1. Erwerbsschadensprognose 214
2. Der Erwerbsschaden bei Verletzung eines Gesellschafters bzw. Gesellschafter-Geschäftsführers 215

D. Zuweisung der Aktivlegitimation – pragmatische Lösungen oder penible juristische Präzision 218

1. Heilungskosten 219
2. Erwerbsschaden eines Kindes und fortlaufende Unterhaltsgewährung 219
3. Unterhaltsersatz bei Tötung 220

IV. Wechselbeziehungen zwischen Schadenersatz- und Sozialversicherungsrecht 221

A. Sachliche Kongruenz von Leistungen von Berufshelfern und Behindertenwerkstätten 221

B. Originärer Regressanspruch der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 110 SGB VII 223

* Prof. Dr., RWTH Aachen (noch bis 28.02.2021).

Vorexemplar Referenten

C. Durchbrechung des Haftpflichtprivilegs des Schädigers bei Regress des Sozialversicherungsträgers gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer durch die Reform BGBl I 2020, 1248 224

Literaturverzeichnis 227

I. Einleitung

Hauptanwendungsfälle für Personenschäden sind Verkehrsunfälle und ärztliche Kunstfehler. Die Anzahl der Verkehrsunfälle ist in den letzten Jahren rückläufig, namentlich derjenigen mit tödlichem Ausgang.[1] Die Anzahl der Arzthaftpflichtprozesse steigt. Da bei diesen über den Grund des Anspruchs häufig lange gestritten wird, fehlt es dann an der (an sich gebotenen) Aufmerksamkeit für Fragen des Umfangs des Ersatzes. Zu beobachten ist, dass in Deutschland und Österreich Fragen des Personenschadens das jeweilige Höchstgericht in den letzten Jahren zwar durchaus immer wieder beschäftigt haben; aber nicht in der Dichte, wie das in den 70-er oder 80-er Jahren der Fall war. Namentlich der VI. Senat des BGH ist bei der Annahme von Revisionen zum Umfang des Personenschadens ausserordentlich zurückhaltend; das gilt insbesondere für das Schmerzensgeld[2] sowie den Haushaltsführerschaden und die Pflegedienstleistungen – solche Entscheidungen sucht man (fast) wie die Nadel im Heuhaufen.

Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten 20 Jahren so manche für den Personenschaden bedeutsame punktuelle Veränderung vorgenommen. Zu nennen ist zunächst das «Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz vom 1. August 2002».[3] Für den Personenschaden am bedeutsamsten war dabei die Verlagerung der Regelung des Schmerzensgeldes von § 847 BGB zu § 253 BGB. Bewirkt wurde dadurch, dass ein Anspruch auf Schmerzensgeld seither bei jeder Anspruchsgrundlage gegeben ist, während das davor lediglich bei einer deliktischen Schädigung der Fall war, somit nicht bei einer vertraglichen Anspruchsgrundlage oder im Fall der Gefährdungshaftung.

1 Deutschland (Quelle: Statistisches Bundesamt, Homepage ADAC): 2.780 Verkehrstote im Jahr 2020, damit Rückgang um beinahe zwei Drittel gegenüber dem Jahr 2000 (7.503); ganz ähnlich in Österreich (Quellen: Statistik Austria, Statista) 338 Verkehrstote im Jahr 2020 gegenüber 976 im Jahr 2000, Rückgang ebenfalls um etwa zwei Drittel.

2 In Deutschland ist die Bezeichnung Schmerzensgeld geläufig, in Österreich Schmerzengeld, in der Schweiz der Begriff Genugtuung.

3 BGBl. 2002 I, 2674 ff.

Vorschau Autoren

Dogmatisch betrachtet war das ein bedeutender Schritt. Die praktischen Auswirkungen sind indes eher überschaubar. Wenn man in der Vergangenheit ein deliktisches Verschulden «gesucht» hat, hat man es i.d.R. gefunden, namentlich bei Verkehrsunfällen. Da Schmerzensgeld nunmehr auch nach der Gefährdungshaftung gebührt, wurde die Abwicklung immerhin vereinfacht und damit beschleunigt. Die bedeutsamste Auswirkung ergab sich bei der Arzthaftung, weil bei dieser die Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 278 BGB sowie die Umkehr der Beweislast nach § 280 Abs 1 S 2 BGB durchaus streitentscheidend sein kann. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang noch die Kodifizierung der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht in den §§ 630a ff BGB,[4] was freilich zu keinen Änderungen beim Umfang des Ersatzes geführt hat. Auf die Neueinführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld in § 844 Abs 3 BGB[5] wird unten (II.B.2) noch näher einzugehen sein; ebenso auf die jüngst erfolgte Erweiterung des Regresses des Sozialversicherungsträgers in gewissen Fällen des Familienhaftpflichtprivilegs.[6]

Der österreichische Gesetzgeber hat hingegen durch Passivität «geglänzt» – sein Vertrauen, dass es der OGH schon «richten» werde, war offenbar besonders stark ausgeprägt. Eine Rolle gespielt haben mag zudem der Umstand, dass zwei gegenläufige Vorschläge zu einer grundlegenden Reform des Schadenersatzrechts von Kommissionen unterbreitet wurden, die vorwiegend aus Wissenschaftlern bestanden und die nur eine überschaubare Schnittmenge aufwiesen. Der am beweglichen System orientierte KOZIOL-Entwurf[7] hätte einen Paradigmenwechsel bedeutet; der Gegenentwurf von REISCHAUER/SPIELBÜCHLER/WELSER[8] hat dem gegenüber baukastenartig, punktuelle Änderungen vorgesehen. Um niemanden vor den Kopf zu stossen, hat der Gesetzgeber (das Justizministerium) den – salomonischen? – Weg gewählt, beide Vorschläge in der Schublade «reifen» zu lassen.

In Deutschland dominieren die Autoren der Haftpflichtversicherer sowie die in deren Sold stehenden Defensivkanzleien, namentlich BACH/LANGHEID/DALLMAYR sowie DR. EICK & PARTNER die Szene. Mitunter werden bei strittigen Fragen deren Position – von ihnen selbst – als herrschende Meinung bezeichnet,[9] wohl eine falsa demonstratio. Wegen des Bestehens von Fachanwälten – einschlägig für

4 BGBl. 2013 I, 277.
5 BGBl. 2017 I, 2421.
6 BGBl. 2020 I, 1248.
7 GRISS/KATHREIN/KOZIOL (Hrsg.) Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts (2005).
8 REISCHAUER/SPIELBÜCHLER/WELSER (Hrsg.) Reform des Schadenersatzrechts Band III, Vorschläge eines Arbeitskreises (2008).
9 Prototypisch LANG/BUCKA, 447 Fn. 48.

Vorexemplar Referenten

den Personenschaden insbesondere die für Verkehrsrecht, Medizinrecht und Versicherungsrecht[10] – besteht eine deutlich höhere Expertise als in Österreich, wo es kaum spezialisierte Anwaltskanzleien gibt, weder auf Seite der Geschädigten noch auf der Seite der Ersatzpflichtigen. Zudem werden namentlich im Osten Österreichs viele Schadensfälle im Kaffeehaus oder beim Heurigen reguliert, was die «rasche» Regulierung begünstigt, der dogmatischen Aufarbeitung der Probleme aber nicht immer förderlich ist.

In Deutschland haben in den letzten beiden Jahrzehnten zwei Problembereiche einen bedeutsamen Teil zur Auslastung des VI. Senats (Haftpflichtsenats) des BGH beigetragen. Es ergingen dutzende Entscheidungen zu noch so marginalen Detailfragen des Umfangs der ersatzfähigen Mietwagenkosten.[11] In letzter Zeit scheint die Beschäftigung der juristischen Aufarbeitung des Dieselskandals alle anderen Probleme an den Rand zu drängen.[12] Weder ersatzfähige Mietwagenkosten noch Ersatzansprüche aus manipulierter Schadstoffsoftware bei Autos betreffen freilich den Personenschaden.

Während der VI. Senat mit der Annahme von Revisionen bei Fragen des Umfangs des Personenschadens ausserordentlich zurückhaltend ist, gilt dieser Befund für den OGH nicht. Zuständig ist zwar vornehmlich der 2. Senat. Da es aber beim OGH keine vergleichbar strikte Geschäftsverteilung wie beim BGH gibt, ist eine Mehrzahl von Senaten zuständig. Da – anders als beim BGH – beim OGH ein Richter, eine Richterin (Hofrat, Hofrätin) im Regelfall zwei Senaten angehört, ist das ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Rechtsprechung bzw. der Bedachtnahme auf die Stimmigkeit des dogmatischen Systems.[13]

10 Zur Forderung der Einrichtung eines Fachanwalts für Personenschaden die Empfehlung des Arbeitskreises VII des Verkehrsgerichtstags Goslar, VGT 2020, XV.

11 Seit der Leitentscheidung BGH 7.5.1996 BGHZ 132, 373 = JZ 1996, 1076 (SCHIEMANN) sind das inzwischen über 50 BGH-Entscheidungen.

12 Etwa BGH 25.5.2020, VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962; 30.7.2020, VI ZR 397/19, NJW 2020, 2806; 30.7.2020, VI ZR 367/19, VersR 2020, 1331; 30.7.2020, VI ZR 398/19, VersR 2020 1327; 8.12.2020, VI ZR 244/20, VersR 2021, 263; 17.12.2020, VI ZR 739/20, VersR 2021, 324; 19.1.2021, VI ZR 8/20, VersR 2021, 385; 19.1.2021, VI ZR 433/19, VersR 2021, 388; 26.1.2021, VI ZR 405/17, VersR 2021, 458; 2.3.2021, VI ZR 147/20, VersR 2021, 589, 7.3.2021, VI ZR 889/20, VersR 2021, 661; KLEIN, 1 ff.; AHRENS, 1 ff.; HEESE, 178 ff.; GSELL, 1142 ff.; ARMBRÜSTER, 837 ff; RIEHM, 247 ff.

13 In Deutschland hat der BGH 8.10.2020, VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53; 22.2.2018, VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1, NJW 2018, 1463 im Werkvertragsrecht die fiktive Schadensabrechnung abgelehnt; der für Grundstückskaufverträge zuständige V. Senat (13.3.2020, V ZR 33/19, ZIP 2020, 1073) sowie der für das Deliktsrecht zuständige VI. Senat (18.2.2020, VI ZR 115/19, NJW 2020, 1795; 17.9.2019, VI ZR 396/18, NJW 2020, 236) haben dieses Judiz jedoch nicht übernommen. Dem gegenüber hat der 1. Senat des OGH zum Werkvertragsrecht ebenso judiziert wie der VII. Senat des BGH; und dabei ausgesprochen, dass diese

Vorexemplar Referenten

Es fällt schwer, unter der letztendlich doch recht grossen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen die herauszugreifen, die als «bedeutsame Änderungen» zu qualifizieren sind. Dies sei versucht nach Fallgruppen, bei denen sich sowohl in Deutschland als auch in Österreich Änderungen ergeben haben, als auch solchen, die allein in Deutschland oder Österreich als besonders berichtenswert zu qualifizieren sind. An sich geht es stets um den Ausgleich der erlittenen Einbusse – dieses Problem ist alles andere als neu. Allerdings geht es bei der Ermittlung des Ausgleichs der jeweiligen Einbusse um Nuancen, um Fragen der Herangehensweise, des Wahrnehmungshorizonts, des richterlichen Vorverständnisses, der Bedachtnahme auf Erkenntnisse von Nachbardisziplinen u. dgl. Einzugehen ist darüber hinaus auf gesetzliche Änderungen in Deutschland, in Österreich deshalb nicht, weil es solche nicht gegeben hat.

II. Ersatz ideeller Schäden

A. Ersatz körperlicher und psychischer Schäden des Verletzten

1. Bezugnahme auf eine passende Vorentscheidung

Zu beobachten ist, dass psychische Beeinträchtigungen zunehmen. Prototypisch steht das Burn-out-Syndrom des Managers gegenüber Verbrennungen des Hochofenarbeiters, erlitten beim Abstich. Der Strukturwandel der Arbeitswelt schlägt sich nieder – in Deutschland wie in Österreich. In der Schweiz wird das nicht anders sein.

Zu beobachten ist, dass sich die Schmerzengelder in Österreich zwar ebenfalls kontinuierlich nach oben bewegen; freilich verharren sie über einen Zeitraum von mehr als 50 Jahren bei ca. einem Drittel der deutschen Werte.[14] Jedenfalls, wenn man die Höchstzusprüche vergleicht, ist das so.

Rechtsprechung für den Sach- und Personenschaden gelte, für das Vertragsrecht ebenso wie für das Deliktsrecht (29.8.2019, 1 Ob 105/19a, ZVR 2020/63 [CH. HUBER]).

14 Dazu schon TEPLITZKY, 672.

Vorexemplar Referenten

Beim Schmerzengeld ist es bedeutsam, ein möglichst passendes Judiz zu finden. Die Schmerzengeldtabellen in Deutschland[15] und Österreich[16] sind Sammlungen, bei denen man durch Eingabe von Stichwörtern bzw. der Höhe von Zusprüchen einen Anhaltspunkt über das im konkreten Fall gebührende Schmerzengeld gewinnen kann.

In Österreich ist es inzwischen gefestigte Judikatur, dass bei Bezugnahme auf eine passende Vorentscheidung eine Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex zu erfolgen hat.[17] Angeknüpft wird dabei an das Datum der Entscheidung erster Instanz als Annäherung an das Ende der mündlichen Hauptverhandlung dieses Verfahrens; das ist der Zeitpunkt, zu dem der klägerische Anwalt letztmalig einen Erhöhungsantrag stellen kann. Sogar das Standardwerk zum österreichischen Schmerzengeld[18] bzw. dessen Online-Zugang ermöglichen eine solche Aufwertung. Aus einer solchen wird deutlich, dass sich eine Anhebung in umso höherem Ausmass ergibt, je älter die Entscheidung ist, auf die Bezug genommen wird; selbst bei durchaus moderaten Inflationsraten fällt die Aufwertung beträchtlich ins Gewicht.

M.E. wäre aber auch eine zusätzliche Gewichtung mit dem Wirtschaftswachstum geboten, ist der Verbraucherpreisindex doch lediglich Ausdruck des zunehmenden Wohlstands.[19] Auch die Verknüpfung dieser beiden Indikatoren ist durch einen selbst für mathematisch nur durchschnittlich begabte (Haftpflicht-)Juristen gut zu bewältigen. Der sich daraus ergebende Wert würde verdeutlichen, dass die Anhebung des Schmerzensgeldniveaus in den letzten Jahrzehnten in Österreich durchaus massvoll ausgefallen ist. Passiert ist in Wirklichkeit lediglich eine Anpassung an die – moderate, aber im Verlauf der Jahre wegen der Akkumulation doch beträchtliche – Wohlstandmehrung. Der guten Ordnung halber sei hinzugefügt, dass es sich insoweit um keine Einbahnstrasse handelt. Die Corona-Pandemie führt erstmals seit Jahrzehnten zu einer Schrumpfung der Wirtschaft. Auch so etwas geht naturgemäss in den Index ein. Es wird sich allerdings – hoffentlich – zeigen, dass es sich um einen Ausreisser gegenüber dem langfristigen Trend handelt.

15 SLIZYK, Schmerzensgeld (2021); HACKS/WELLNER/HÄCKER/OFFENLOCH, Schmerzensgeld Beträge (2021); L. JAEGER/LUCKEY, Schmerzensgeld (2019); SCHWINTOWSKI/C. SCHAH SEDI/M. SCHAH SEDI, Handbuch Schmerzensgeld (2020).

16 DANZL, Handbuch Schmerzensgeld (2019); ebenso KERSCHNER, Schmerzensgeld (2020).

17 Grundlegend OGH 24.8.2011, 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 (CH. HUBER); bestätigt in OGH 11.9.2014, 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722; 9.4.2015, 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201 (CH. HUBER).

18 DANZL, Handbuch Schmerzensgeld (2019).

19 So jüngst CH. HUBER, 47, 50; ebenso CH. HUBER/SCHULTESS, in: Fuhrer/Kieser/Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich (im Erscheinen).

Vorexemplar Referenten

Bei deutschen Entscheidungen ist das Entscheidungsdatum der Vorentscheidung, auf die Bezug genommen wird, ebenfalls bedeutsam. Der dort ausgewiesene Wert ist umso stärker aufzuwerten, je länger die Entscheidung zurückliegt. Einen präzisen Umrechnungsmodus wie in Österreich gibt es allerdings nicht. Das scheitert schon daran, dass in Deutschland das Verkündungsdatum der erstinstanzlichen Entscheidung – anders als im Rechtsinformationssystem in Österreich – bei BGH-Entscheidungen nicht ausgewiesen wird. Es zeigt sich, dass der – banale – Umstand der Dokumentation von Entscheidungen Auswirkungen hat für die Präzision des Aufwertungsfaktors.

2. Rationalität des Bemessungsvorgangs

Es gibt das Phänomen, dass man vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht. Was soll da bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht alles eine Rolle spielen! Was letztendlich herauskommt, ist ähnlich unwägbar wie das Orakel von Delphi, jedenfalls ähnlich undurchschaubar und vorhersehbar. Im deutschen Recht ist das insofern abgemildert, als der Anspruchsteller – anders als im österreichischen Recht – in Durchbrechung des § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO ein Mindestbegehren stellen kann. Was als «billige» Entschädigung im Sinn von § 253 Abs. 2 BGB oder ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzengeld anzusehen ist, darüber kann man in der Tat trefflich streiten. Immerhin sollte man wissen, worauf es primär ankommt und worauf erst in zweiter Linie. Und führen die massgeblichen, um nicht zu sagen «berüchtigten» Fälle des Einzelfalls bloss zu Zu- oder Abschlägen, wie dies in der Schweiz im Verhältnis der Basisgenugtuung der Fall ist;[20] oder geben sie dem Fall sein Gepräge, sodass eine völlig andere Grössenordnung herauskommt? Die Gerichte lassen sich jedenfalls nicht in die Karten schauen. Deren judizielles Feingefühl gibt den Ausschlag, ohne dass man die Schritte der Entscheidungsfindung nachvollziehen kann. Die Begründung lautet mitunter: Sic; so ist es.

SCHWINTOWSKI/C. SCHAH SEDI/M. SCHAH SEDI[21] haben den Versuch einer taggenauen Schmerzensgeldbemessung unternommen. Sie haben bestimmte Prämissen zugrunde gelegt und darauf aufbauend einen – rational nachvollziehbaren – Bemessungsvorgang vorgeschlagen.

Vorexemplar Referenten

[20] Dazu LANDOLT, Genugtuungsrecht, 119 ff. und 131 ff.

[21] SCHWINTOWSKI/C. SCHAH SEDI/M. SCHAH SEDI, Handbuch Schmerzensgeld (2020); verwiesen sei auch auf LUCKEY, 33 ff.

Im Ergebnis würde dieser Ansatz namentlich bei Schwer- und Schwerstverletzungen zu einer beträchtlichen Anhebung des Schmerzensgeldniveaus führen. Ob sich bei leichten Verletzungen eine Reduktion ergibt, wie von den Autoren[22] behauptet, lässt sich weniger klar erkennen.

Diese Vorschläge fanden als «akademisches Glasperlenspiel» die längste Zeit kaum oder wenig Beachtung. Erst als das OLG Frankfurt[23] sich diesen Bemessungsansatz zu eigen gemacht hat und damit zu einem Zuspruch gelangt ist, der freilich von der traditionellen Judizmethode im konkreten Fall kaum abgewichen ist, hat das eine überaus intensive Diskussion ausgelöst.[24] Es gibt viele – vermeintliche – Gründe, eingefahrene Geleise nicht zu verlassen. Für die Haftpflichtversicherer wird eine – wohl zu Recht – befürchtete exorbitante Steigerung namentlich bei schweren und schwersten Verletzungen vermieden,[25] was nicht in deren Interesse sein kann. Gerichte haben wenig Freude, sich auf Neues einzulassen.[26] Bisherige Schmerzensgelderläuterungswerke[27] würden dadurch beträchtlich entwertet.

Was spricht also für diesen Ansatz? Er stellt jedenfalls die richtigen Fragen. Er macht bewusst, dass ohne Anknüpfung an ein – wie auch immer ermitteltes Äquivalent für Schmerzen pro Zeiteinheit und die zeitliche Dimension[28] sowie die Intensität der Schmerzen ein rationales Ergebnis nicht möglich ist. Es stellt auch die Relation zu anderen Schadensposten in ein neues Licht, etwa zur Abgeltung des ideellen Schadens bei Freiheitsberaubung oder der Entbehrung des Fahrzeugs. Einzuräumen ist, dass der ideelle Schaden bei Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität in den romanischen Rechtsordnungen sehr viel grosszügiger entschädigt wird; allerdings ist der Ersatz für den Vermögenspersonenschaden dort sehr viel geringer. Die Schweiz ist insofern eine spezielle Mixtur, freilich mit einer Dominanz des deutschsprachigen Einflusses.

Auf die Summe kommt es an, mag man ausrufen. Gewiss, es gibt freilich auch gewisse Parameter, an denen sich eine rationale Bemessung von ideellen Nachteilen orientieren sollte. Jedenfalls die relative Stimmigkeit ist einer rationalen Argumentation durchaus zugänglich. Beim Vermögenspersonenschaden, etwa dem Haushaltsführerschaden, hat sich gezeigt, dass die Herausarbeitung und

22 SCHWINTOWSKI/C. SCHAH SEDI/M. SCHAH SEDI, Handbuch Schmerzensgeld 2020, 85 f.
23 OLG Frankfurt 18.10.2018, 22 U 97/16, NJW 2019, 442.
24 Darstellung und weitere Nachweise der Diskussion bei CH. HUBER, NomosKomm BGB[4] § 253, Rn 83g ff.
25 THORA, 861 ff; HÖHER, 1167 ff; LANG, jurisPR-VerkR 5/2019 Anm. 1; ERNST/LANG, 1122.
26 Ablehnend daher einzelne Richter, etwa ERNST/LANG, 1122 ff; LUCKEY, 3361 ff.
27 Kritisch (daher?) SLIZYK, 357 ff.; LUCKEY, 3361 f.; WELLNER, 25 f.
28 Zu dieser CH. HUBER, VersR 2016, 73 ff.

Vorveröffentlichtes Manuskript

Quantifizierung der massgeblichen Parameter tendenziell zu einer Anhebung des Ersatzes geführt hat.[29] Es besteht der «Anfangsverdacht», dass es beim Schmerzensgeld auch so sein könnte. In einer Metapher kann man feststellen: Es ist eine Lawine ins Rollen gekommen, ob sie innehält oder sich weiter bewegt und an Fahrt zunimmt und so gravierende Auswirkungen zeitigt, bleibt abzuwarten.

3. Die derzeitige Spitze des Eisbergs – Höchstzusprüche bei Schwerstverletzungen

Bei allerschwersten Verletzungen hat sich bei manchen deutschen Gerichten[30] eine «Schallgrenze» von 600'000 € gebildet. Da man im konkreten Fall häufig Ansatzpunkte findet, dass der Leidenszustand des Verletzten zwar schlimm sei, es aber auch noch schlimmere Fälle gebe, werden häufig 500'000 € zuerkannt.[31] Prototypisch dafür ist eine Entscheidung des OLG München,[32] wonach es kaum rationale Gründe gebe, ob man 500'000 € oder 800'000 € zuerkenne und jeder Betrag bloss symbolisch sei, weil eine echte Kompensation nicht möglich sei; und dann seien 500'000 € zuzuerkennen, um das Haftungsrisiko in diesem Bereich überhaupt noch kalkulierbar und versicherbar zu halten. In welchem Ausmass solche äusserst selten sich ereignenden Fälle auf die Kalkulation der Versicherungsprämie auswirken, finden sich indes keine Ausführungen.

Andere Entscheidungen haben sich dem gegenüber um eine differenziertere Herausarbeitung der massgeblichen Bemessungskomponenten bemüht und sind zu deutlich höheren Zusprüchen gelangt. Prototypisch genannt seien das LG Aurich[33] sowie das LG Giessen,[34] die jeweils 800'000 € zuerkannt haben. L. JAEGER[35] hat mit überzeugenden Gründen darauf hingewiesen, dass bei schweren Dauerfolgen, die namentlich jüngere Verletzte ein Leben lang zu ertragen haben, schon seit

29 So eindrucksvoll der Einfluss von ECKELMANN, 355 ff, dessen Beitrag bewirkt hat, dass der Umfang des Ersatzes für Hausdienstleistungen innerhalb von 4 Jahren auf das 8-fache gestiegen ist. Dazu CH. HUBER, 679.

30 Nachweise bei OLG München 23.1.2020, I U 2237/17, BeckRS 2020, 901 = CH. HUBER, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 198.

31 OLG Hamm 21.3.2017, 26 U 122/09, VersR 2017, 1017 (L. JAEGER); OLG Stuttgart 9.9.2008, 1 U 152/07, VersR 2009, 80; OLG Hamm 16.1.2002, 3 U 156/00, NJW-RR 2002, 1604; kritisch L. JAEGER, VersR 2021, 557 ff.

32 OLG München 23.1.2020, 1 U 2237/17, VersR 2020, 1191 (L. Jaeger) = Fachtagung Personenschaden 2020, 198 (CH. HUBER).

33 LG Aurich 23.11.2018, 2 O 165/12, VersR 2019, 887 (L. JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2019, 226 (CH. HUBER); bestätigt durch OLG Oldenburg 18.3.2020, 5 U 196/18, MedR 2020, 926 (L. JAEGER).

34 LG Gießen 6.11.2019, 5 O 376/18, VersR 2020, 630 (L. JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 202 (CH. HUBER).

35 L. JAEGER, 587 f.

Vorexemplar Referenten

mehreren Jahren der Umstand zu berücksichtigen sei, dass infolge der voraussichtlich noch länger anhaltenden Niedrigzinsphase eine Erzielung von Zinserträgen praktisch ausgeschlossen sei, was zur Folge haben müsse, den Kapitalbetrag entsprechend zu erhöhen. Im Fall des LG Aurich kommt er zu dem Ergebnis, dass der Ersatzbetrag das Dreifache der zuerkannten 800'000 € betragen müsse.[36]

In der österreichischen Rechtsprechung sind keine derartigen Ausschläge nach oben zu beobachten. Basierend auf schon geraume Zeit zurückliegenden Entscheidungen[37] wird man den derzeitigen Höchstwert bei 300'000 € ansetzen müssen. Im Rahmen der aussergerichtlichen Regulierung werden mitunter massvoll höhere Beträge zugestanden. Insgesamt geht es aber um nicht mehr als die Valorisierung anhand von Inflation und Wirtschaftswachstum, nicht aber um einen Quantensprung.

4. Dauerbrenner (in Deutschland): HWS-Verletzungen

Bemerkenswert ist, dass die Ersatzfähigkeit von durch bildgebende Verfahren nicht nachweisbaren HWS-Verletzungen in Deutschland – wie in der Schweiz – nach wie vor ein Dauerbrenner ist, während sich in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung dazu kaum Äusserungen finden.[38] Das mag in Österreich damit zusammenhängen, dass die Grenze für die Erhebung einer ordentlichen Revision in § 502 Abs. 3 ZPO 30'000 € beträgt, ein Streitwert, der bei solchen Verletzungen selten überschritten wird, sofern es nicht zu einer Fehlverarbeitung kommt.

In Deutschland entzündete sich ein zentraler Streitpunkt an der Harmlosigkeitsgrenze, ob nämlich eine Kollision, insbesondere ein Anfahren von hinten mit einer Geschwindigkeit von weniger als 10 km/h niemals eine HWS-Verletzung hervorrufen könne. Auswirkungen hat diese Frage nicht nur auf die Versagung jeglichen Ersatzes in solchen Fällen, sondern auch auf das Umsatzvolumen der mit Gutachten betrauten Sachverständigen. Hätte der BGH eine solche Harmlosigkeitsgrenze bestätigt,[39] hätte das zu einer Ausweitung der Gutachten der technischen,

36 L. JAEGER, 892.

37 OGH 18.4.2002, 2 Ob 237/01v, ZVR 2002/66 (DANZL); OLG Linz 21.10.214,2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (DANZL); bislang am höchsten LG Innsbruck 27.6.2016, 69 Cg 36/11k: 250'000 €, besprochen von DANZL, 456.

38 CH. HUBER, HAVE 2010, 309 ff.

39 Dafür LEMCKE, 399; *ders*., 397; BURMANN,169 ff.

Vorexemplar Referenten

biomechanischen Sachverständigen samt deren Umsätzen geführt; auf die medizinischen Gutachten wäre es jedoch nicht mehr angekommen. Der BGH[40] hat indes gegenteilig entschieden und eine solche generelle Harmlosigkeitsgrenze abgelehnt.[41]

Nicht völlig auszuschliessen ist, dass eine Rolle gespielt haben könnte, dass die damalige Vorsitzende Richterin G. MÜLLER, wie sie in einem vor kurzem gehaltenen Vortrag hingewiesen hat,[42] kurz davor selbst Opfer eines Auffahrunfalls geworden ist, bei dem sie (womöglich) eine Verletzung erlitten hat. Wörtlich heisst es dort:[43] «…vorübergehende Nackenbeschwerden habe ich klaglos weggesteckt. Aber mir ist doch aufgefallen, dass noch jahrelang ein unangenehmes Ziepen im Nacken auftrat und zwar vor allem dann, wenn ich mich über etwas aufgeregt habe. Natürlich weiss ich nicht, ob seinerzeit eine Körperverletzung hätte festgestellt werden können – aber ich kann bestätigen, dass noch viele Jahre lang bei psychischer Belastung manchmal Beschwerden im Nackenbereich aufgetreten sind und mich an den Unfall erinnert haben. Zur Berufsunfähigkeit haben sie bei mir nicht geführt – aber ich kann mir doch vorstellen, dass solche Beschwerden ernsthafte Folgen haben können, wenn sie schlimmer sind als bei mir und vor allem dann, wenn dauerhafte anderweitige Belastungen beruflicher oder privater Natur – wie etwa der Verlust des Arbeitsplatzes oder des Lebenspartners – hinzukommen und der Geschädigte seinen Zustand dann dem Schadensereignis zuschreibt, für das es einen Ersatzpflichtigen gibt.» Vorstellbar ist, dass die Tätigkeit einer Vorsitzenden Richterin am BGH doch ab und zu – gewisse – Aufregungen beschert. Bezeichnend ist weiter, dass der Gesetzgeber des am 1. August 2002 in Kraft getretenen 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes eine Harmlosigkeitsschwelle beim Schmerzensgeld einführen wollte, darauf aber in allerletzter Minute verzichtet hat. Zielsetzung wäre es gewesen, einen Ersatzanspruch wegen geringfügiger HWS-Verletzungen zu versagen, die nicht mit bildgebenden Verfahren nachweisbar waren.[44]

Vorexemplar Referenten

40 BGH 28.1.2003, VI ZR 139/02, VersR 2003, 474 (L. JAEGER) = NZV 2003, 167 (BURMANN).
41 Bestätigt in BGH 10.8.2007, 20 U 218/06, VersR 2008, 1126.
42 MÜLLER, 305 f.
43 MÜLLER, 306.
44 CH. HUBER, Das neue Schadensersatzrecht (2003), § 2 D Rn 93 ff.

B. Ersatz von mittelbar Geschädigten

1. Schockschaden und Fernwirkungsschaden

Beim Schockschaden geht es darum, dass durch die schwer(st)e Verletzung oder Tötung eines Erstgeschädigten ein Zweitgeschädigter eine psychische Krankheit erleidet, sei es durch das Miterleben eines Unfalls (Schockschaden im engeren Sinn) oder die Nachricht von diesem Ereignis (Fernwirkungsschaden). In der Schweiz unterfallen die Genugtuungsansprüche der schockgeschädigten Angehörigen Getöteter und Schwerverletzter Art. 47 bzw. 49 OR.[45]

In Deutschland ist der Schockschaden seit langem anerkannt;[46] allerdings wurde er bis in die jüngste Zeit überaus knausrig bemessen. Prototypisch ist, dass das OLG Hamm in zweiter Instanz der nachfolgenden BGH-Entscheidung[47] bei folgendem Sachverhalt jeglichen Ersatz verneint hatte: Ein Ehemann musste miterleben, wie seine hinter ihm mit dem Motorrad fahrende Ehefrau von einem alkoholisierten (Auto-)Raser niedergemäht und getötet wurde. Die dadurch ausgelöste psychische Erkrankung führte dazu, dass er den Wohnsitz verlassen und seinen bisherigen Beruf nicht mehr ausgeübt hat.

Der BGH hat das korrigiert und in einem solchen Fall immerhin nach einer aussergerichtlichen Zahlung von 4'000 € weitere 8'000 € zuerkannt, womit man zu einem Gesamtersatz von 12'000 € gelangte. Mit einer neueren Entscheidung des OLG Frankfurt[48] ist freilich ein Quantensprung passiert: Eine Ehefrau war mit dem Auto vorausgefahren; der Ehemann sollte ihr mit dem Motorrad folgen. Als sie ihn in der Dunkelheit aus den Augen verlor, suchte sie ihn. Sie fand schliesslich zunächst nur sein Motorrad und erst nach einiger Zeit den Ehemann – tot – unter einem LKW. Das führte dazu, dass sie infolge der psychischen Fehlverarbeitung für Jahre völlig aus der Bahn geworfen wurde. Das OLG Frankfurt sprach 100'000 € Schmerzensgeld zu.

In Österreich ist die Ersatzfähigkeit eines Schockschadens erst seit der Entscheidung des OGH vom 16. Juni 1994[49] anerkannt. Im Regelfall geht es um Ansprüche

45 Ausführlich und mit der deutschen Rechtslage vergleichend LANDOLT, in: FS Schwander (2011), 379 f.

46 So bereits 29.6.1931, RG VI 149/31, RGZ 133, 270; 8.1.1940, VIII 720/39, RGZ 162, 321.

47 BGH 27.1.2015, VI ZR 548/12, NJW 2015, 1451 (THORA) = DAR 2015, 200 (WATZLAWIK) = BOLMK 2015, 367675 (SCHIEMANN) = JuS 2015, 747 (MÄSCH) = NJ 2015, 249 (SCHUBERT) = HAVE 2015, 316 (CH. HUBER) = zfs 2015, 382 (DIEHL).

48 OLG Frankfurt 6.9.2017, 6 U 216/16, VersR 2018, 560 (L. JAEGER) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (WENKER) = zfs 2017, 677 (DIEHL).

49 OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; bestätigt durch OGH 21.12.1995, 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75; dazu KARNER, ÖJZ 2002, 302 ff.

Vorexemplar Referenten

von (nahen) Angehörigen, wobei es beim Schockschaden im engeren Sinn, also dem unmittelbaren Miterleben eines Unfalls, darauf m.E. letztlich nicht entscheidend ankommen kann.[50] Die Ersatzfähigkeit wird sowohl bei vertraglicher als auch deliktischer Anspruchsgrundlage bejaht. Das ist deshalb bedeutsam, weil bei einer vertraglichen Anspruchsgrundlage die Beweislastumkehr des Verschuldens nach § 1298 ABGB gilt und das Fehlverhalten von Gehilfen nach § 1313a ABGB in weitergehendem Ausmass zurechenbar ist. Eine besondere Rolle spielt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, namentlich in der Arzthaftung[51] und im Reiserecht.[52] Der OGH zieht dabei den Kreis der ersatzberechtigten Angehörigen beim vertraglichen Anspruch[53] enger als beim deliktischen Anspruch,[54] eine eher rabulistische Differenzierung.[55]

Beim Entschädigungsniveau liegt Österreich eher bei der Schweiz als bei Deutschland. Der Höchstzuspruch von 65'000 € erfolgte, als ein Vater seine Ehefrau und alle drei Kinder bei einem von einem Schädiger zu verantwortenden Verkehrsunfall verloren hatte.[56] In einer neueren Entscheidung,[57] in der der Vater noch zusätzlich geringfügige körperliche Schmerzen erlitten hatte, hat der OGH bei Tötung von zwei seiner drei Kinder einen Zuspruch von 90'000 € gebilligt, ein Mehrbegehren aber abgewiesen, unter anderem mit dem Hinweis, dass das Begehren nahe dem Höchstzuspruch liege, der aufgewertet mittlerweile fast 90'000 € betrage. In der in Österreich auch in den Medien stark beachteten Entscheidung, in der eine Haftung des Tierhalters auf der Alm wegen Tötung einer Touristin durch Mutterkühe, die die Frau zunächst eingekreist und dann zu Tode getrampelt haben, bejaht wurde, hat der OGH[58] einen Zuspruch von 30'000 € für den vom Witwer erlittenen Schockschaden gebilligt.

50 Fragwürdig und in der Literatur kritisch besprochen daher einen Ersatz versagend BGH 22.5.2007, VI ZR 17/06, BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (ELSNER): Polizisten, die versucht haben, Unfallopfer aus dem brennenden Wrack zu holen und beim verbgeblichen Versuch eine psychische Störung erlitten haben.

51 OGH 30.6.2010, 9 Ob 83/09k, ÖJZ 2010/132.

52 OGH 24.5.2011, 1 Ob 80/11p, ÖJZ 2011/140: Tigerhaisafari in Florida mit tödlichem Ausgang für den Lebensgefährten, der Reise buchte.

53 Abgelehnt in folgenden Entscheidungen: 29.11.2017, 7 Ob 105/17t, ZVR 2018/103 (CH. HUBER): Nicht im gleichen Haushalt lebender Bruder, mag zu diesem auch eine besonders enge Beziehung bestanden haben; 24.10.2019, 4 Ob 176/19i, ZVR 2020/210 (CH. HUBER): Fast erwachsene Geschwister im gleichen Haushalt.

54 Insoweit Vermutung bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft 24.10.2019, 4 Ob 176/19i ZVR 2020/210 (CH. HUBER); Nachweise bei CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn 142.

55 CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn 134.

56 OGH 20.1.2005 , 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 (DANZL).

57 OGH 26.5.2020, 2 Ob 216/19g, ZVR 2021/41 mit Besprechungsaufsatz CH. HUBER, 47 ff.

58 OGH 30.4.2020, 5 Ob 168/19w, ZVR 2020/119 (HINTEREGGER).

Vorexemplar Referenten

2. Trauerschmerzensgeld und Hinterbliebenengeld

Im deutschen Recht war – und ist – die Hürde für den Ersatz eines Fernwirkungsschadens hoch; reine Trauer war lange Zeit nicht als ersatzfähige Einbusse anerkannt. Ersatz für den ideellen Schaden war häufig davon abhängig, wie geschickt sich ein Anspruchsteller darstellen konnte, welche Einrichtungen er in Anspruch nahm und welcher Begriffe sich seine Ärzte bedienten. Zugespitzt formuliert ging es darum, dass Angehörige der Mittel- und Oberschicht sich auf die Couch des Psychiaters legten und Psychopharmaka schluckten oder doch verordnet bekamen,[59] während für solche der Unterschicht schlicht und ergreifend das Leben weitergehen musste;[60] sich in Trauer und Betroffenheit zu weiden, dafür blieb wegen der Notwendigkeit, sich um die Existenzsicherung zu kümmern, wenig bis keine Zeit. Die Betroffenheit und der Kummer mögen freilich jeweils durchaus vergleichbar gewesen sein.

Zwei Katastrophen mit einer Vielzahl von Toten brachten jeweils die Wende: In Österreich war es die Seilbahnkatastrophe von Kaprun am 11. November 2000,[61] in Deutschland der German Wings Absturz am 24. März 2015. Womöglich könnte eine Rolle gespielt haben, durch das Zugestehen eines Anspruchs nach inländischem Recht ein «Abwandern» der Regulierung in die USA vermeiden zu können, wo – wohl zu Recht – eine Ersatzpflicht in unkalkulierbarer Höhe befürchtet wurde.

In Österreich fasste sich der OGH[62] ein Herz und nahm eine richterliche Rechtsfortbildung vor: Unter Bezugnahme auf – gegenüber der Stammfassung des ABGB von 1811 – geänderte Normen gelangte er im Weg der systematischen Auslegung zum Ergebnis, dass bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit Trauerschmerzengeld zu leisten sei. Der Schritt war gewiss spektakulär, aber nicht mehr als eine erste Schneise. An sich wäre der Ball damit beim Gesetzgeber gelegen,

59 Prototypisch OLG Köln 18.12.2006, 16 U 40/06, OLGR 2007, 363: Inanspruchnahme sämtlicher seelischer Wellnesseinrichtungen durch eine Witwe, deren Ehemann in betrunkenem Zustand – in der Türkei – über ein nach deutschen Verhältnissen unterdimensioniertes Balkongerüst gestürzt ist und das nicht überlebt hat. Zugute kam ihr die eloquente Ausdrucksweise des medizinischen Sachverständigen: „Dekompensation und Depression mit psychotischen Symptomen".

60 Prototypisch OLG Naumburg 7.3.2005, NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (L. JAEGER): Sohn wurde durch Rechtsradikale zusammengeschlagen; er hat sich bis zur Mutter geschleppt und ist wenig später im Krankenhaus „verendet"; keine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter feststellbar, bloss Zeugnis des Hausarztes; Fehlen der Darlegung der Symptome sowie des Ausmasses einer etwaigen Behandlung nebst Medikation.

61 HINTEREGGER, 74; CH. HUBER, FS-SCHWINTOWSKI (2017), 924; DANZL, Schmerzendgeld 3.67.

62 OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01v, SZ 74/90= ZVR 2001/73 (KARNER) = ecolex 2001, 668 (HELMICH) = ASoK 2001, 323 (STÄRKER).

Vorexemplar Referenten

diesen Schadensposten auf Fälle leichter Fahrlässigkeit und der Gefährdungshaftung auszudehnen. Allein, dieser blieb untätig und dem OGH fehlte der Mut, dem ersten Schritt einen zweiten folgen zu lassen.[63] Die Folge ist, dass die Regulierungspraxis sich mit der häufig überaus lästigen Frage befassen muss, ob grobe Fahrlässigkeit gegeben ist oder gerade noch leichte vorliegt. Das Entschädigungsniveau in *Österreich* liegt – indexangepasst – für reine Trauerschäden zwischen *9'300 €* und *24'000 €*,[64] in der *Schweiz* ca. beim *Doppelten*.[65]

In Deutschland wurde durch das Gesetz vom 21. Juli 2017, BGBl 2017 I 2421 in § 844 Abs. 3 BGB ein Hinterbliebenengeld eingeführt.[66] Deutschland hat damit eine Rechtsschutzlücke geschlossen und ist nicht mehr der letzte Mohikaner in Europa.[67] Es ist freilich eine halbherzige Lösung geworden: Ersatz gebührt nur bei Tod, nicht bei schwer(st)er Verletzung – daher die Bezeichnung Hinterbliebenengeld. Das schweizerische BGer[68] hat diese im OR angelegte Schutzlücke nach einem halben Jahrhundert überwunden; die Hürde für den BGH wird eher noch höher sein. Zudem erfolgt eine Beschränkung auf die Fälle deliktischer Haftung und solche der Gefährdungshaftung; bei vertraglicher Haftung besteht kein solcher Anspruch. Gerade vor dem Hintergrund der Reform des Schmerzensgeldes ist das wenig nachvollziehbar. Intendiert war beim Hinterbliebenengeld ein Gleichklang mit dem Unterhaltsersatzanspruch bei Tötung (Versorgerschaden) in § 844 Abs. 2 BGB.

Vor allem in der Phase der Konkretisierung der Norm stellen sich viele Detailfragen.[69] Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, bei bestimmten Verwandten sowie Ehegatten bzw. Lebenspartnern eine persönliche Nahebeziehung zu vermuten; bei anderen diesbezüglich aber die Beweislast dem Anspruchsteller aufzuerlegen. Das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft wird dabei ein massgeblicher, wenn auch nicht der alleinige Anknüpfungspunkt sein. Ein besonderer Streitpunkt – bisher nur in der Literatur – ist die Behandlung des nasciturus. Obwohl in § 844 Abs. 2 BGB ausdrücklich als anspruchsberechtigt erwähnt, soll nach Ansicht der Haftpflichtversicherer und der Defensivkanzleien[70] dieser nicht

63 OGH 4.5.2017, 5 Ob 41/17s, JBl 2017, 798: Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung, dass Ersatz nur bei grober Fahrlässigkeit gebühre.

64 CH. HUBER, FS-Schwintowski (2018), 953 f.

65 LANDOLT, Genugtuungsrecht, § 13 Rn 898 ff.

66 Umfassend dazu mit rechtsvergleichenden Bezügen CH. HUBER/KADNER GRAZIANO/LUCKEY, Hinterbliebenengeld (2018).

67 Dazu CH. HUBER, NZV 2012, 5 ff.

68 BG 11.3.1986, BGE 112 II 118.

69 Dazu CH. HUBER, VersR 2020, 385 ff.

70 Zuletzt LANG/BUCKA, 447.

Vorexemplar Redaktion

anspruchsberechtigt sein. Dafür spricht aber nicht nur die Anlehnung des § 844 Abs. 3 BGB an § 844 Abs. 2 BGB, die vom Gesetzgeber gewollt war, sondern auch die Wertung, dass ein Kind ohne leiblichen Elternteil aufwachsen muss, den ein Stiefelternteil niemals vollständig ersetzen kann. Der Hinweis, dass es sich um eine Ausnahmevorschrift handle, die demgemäss eng auszulegen sei, ist schon nach den neueren Erkenntnissen der Methodenlehre falsch. Ausnahmevorschriften sind im Zweifel nicht eng, sondern richtig auszulegen; massgeblich ist jeweils das Telos der Norm. Im spiegelverkehrten Fall bei Tötung des nasciturus wird – etwas plump – damit argumentiert, dass dieser noch nicht rechtsfähig wäre.[71] Gerade dieses Argument hat der OGH[72] verworfen und – namentlich bei einem Wunschkind – einen Anspruch bejaht.

Das LG Tübingen[73] hat in der ersten veröffentlichten Entscheidung für die persönliche Nähe des Bruders genügen lassen, dass es einen wöchentlichen telefonischen Kontakt sowie regelmässige Treffen zu Familienfeiern gab und der Bruder mit dem Getöteten gelegentlich gemeinsame Motorradausflüge unternahm; beim letzten solchen kam es denn auch zur Tötung. Es hat dem Bruder 5’000 € zugebilligt. Den erwachsenen Kindern hat es jeweils einen gleich hohen Betrag von 7’500 € zuerkannt, unabhängig davon, ob diese noch im Haushaltsverbund lebten. Begründet wurde dies damit, dass dies einerseits ein zufälliger Umstand war, andererseits ein gleich hoher Betrag für den Familienfrieden förderlich wäre, eine m.E. durchaus salomonische Lösung.

Das Entschädigungsniveau in Deutschland wird unterschiedlich taxiert. Es reicht von 3’000 bis 5’000 € von den Vertretern der Versicherungswirtschaft und den in deren Sold stehenden Defensivkanzleien bis zu Literaturstimmen, die sich für eine Bandbreite zwischen 10’000 € und 20’000 € aussprechen.[74] Das LG Leipzig[75] hat bei Tötung eines 16-jährigen Mädchens, einem späten Wunschkind von Aussiedlern aus Kasachstan, den Eltern 15’000 € zugesprochen.

Einigkeit herrscht naturgemäss darüber, dass bei einer psychischen Erkrankung der Ersatzbetrag höher ausfallen müsse als bei reiner Trauer. Uneinigkeit besteht aber, ob das Hinterbliebenengeld dann im Schockschaden aufzugehen habe, was wegen dessen knapper Bemessung überaus fragwürdig ist, oder das dafür

71 Ebenda.

72 OGH 30.8.2016, 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017/52 = RdM 2017/63 (KARNER); hierzu DANZL, 457 ff.; CH. HUBER, ÖJZ 2017, 383 ff.; KONRAD/NITSCH, 168 ff.

73 LG Tübingen 17.5.2019, 3 O 108/18, NZV 2019, 626 (CH. HUBER).

74 Nachweise bei LANG/BUCKA, 445, 448, 449.

75 LG Leipzig 8.11.2019, 5 O 758/19, BeckRS 2019, 50107.

Vorexemplar Referenten

gebührende Schmerzensgeld neben dem Hinterbliebenengeld gebühre. Das OLG Koblenz[76] hat kürzlich ausgesprochen, dass das Hinterbliebenengeld den Angehörigen ungeachtet des Arbeitgeberhaftpflichtprivilegs und der Haftungsersetzung durch § 104 SGB VII zusteht. Das widerspricht zwar der Konzeption, dass es sich bei Ansprüchen nach § 844 BGB, auch dem nach Abs. 3, um abgeleitete Ansprüche des Getöteten handelt,[77] entspricht allerdings der Entscheidung des BGH,[78] wonach den Angehörigen ein Anspruch auf den Schockschaden zustehe. Wertungsmässig spricht für dieses Ergebnis, dass im Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Angehörigen des getöteten Arbeitnehmers die Gefahr der Störung des Betriebsfriedens gering zu veranschlagen ist. Diese kurze tour d`horizon zeigt, wie viele Detailfragen demnächst noch zu klären sind.

3. Sonstige Schadensposten bei Reflexgeschädigten

Bei Tötung einer Person steht neben dem Unterhaltsersatz (Versorgerschaden) das Trauerschmerzengeld bzw. Hinterbliebenengeld im Vordergrund. Übersehen wird dabei leicht, dass die sonstigen Vermögensschäden deutlich höher sein können. Eher kurios – jedenfalls für den Leser – mutet an, dass der OGH[79] einer 45-jährigen als Friseuse tätigen Mutter die Kosten einer *Facelifting-Operation* zur Beseitigung von Falten im Gesicht infolge einer Gewichtsabnahme vom 15 kg innerhalb eines halben Jahres infolge einer psychischen Erkrankung nach dem Tod der Tochter zuerkannt hat. Viel bedeutsamer ist freilich der Erwerbsschaden, der entsteht, wenn der Angehörige infolge einer psychischen Erkrankung zur Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit für einen ins Gewicht fallenden Zeitraum nicht mehr in der Lage ist. Dem gegenüber ist das Trauerschmerzengeld bzw. Hinterbliebenengeld, das primär wahrgenommen wird, fast eine quantité négligeable.

Vorexemplar Referenten

76 OLG Koblenz 21.12.2020, 12 U 711/20, r+s 2021, 115 (C. BURMANN) = demnächst NZV (CH. HUBER).

77 Ablehnend daher OGH 21.4.2005, 2 Ob 82/05f, ZVR 2005/110 (KATHREIN); 28.1.2009, 1 Ob 259/08g, SZ 2009/14 = Zak 2009/217.

78 BGH 6.2.2007. VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (LUCKEY).

79 OGH 20.1.2005, 2 Ob 7/05a, ZVR 2005/47 (KARNER).

III. Vermögensschaden

A. Hausführung und Pflege

1. Ausschliesslich subjektiv-konkrete oder auch normative Abrechnung

Bei Haushaltsführung und Pflegeleistungen geht es um folgende prototypische Konstellation: Eine verletzte Person ist zur Haushaltsführung für sich und andere Familienmitglieder verletzungsbedingt nicht mehr in der Lage. Womöglich steht noch nicht abschliessend fest, ob der Schädiger in vollem Umfang einstandspflichtig ist, weil der Grund des Anspruchs noch nicht abschliessend geklärt ist oder ein Mitverschulden strittig ist. Selbst wenn das feststeht, bleibt eine Unsicherheit, welche Kosten bei Inanspruchnahme von Marktleistungen letztendlich ersetzt werden. Schlussendlich ist es faktisch so, dass geeignete Ersatzkräfte – jedenfalls auf die Schnelle – nicht verfügbar sind. Für eine vakante Professorenstelle findet man in Deutschland und Österreich innerhalb von 4 Wochen meist 3 geeignete Kandidaten/-innen; für eine – zuverlässige – Haushaltshilfe sucht man mitunter deutlich länger. Die Folge ist, dass sowohl im Haushalt als auch bei der Pflege Familienangehörige einspringen. Umstritten ist häufig, in welchem finanziellen Ausmass deren Arbeitskrafteinsatz abzugelten ist.

In Österreich ist anerkannt, dass Familienangehörige eine fremde Ersatzkraft substituieren. Die Folge ist, dass grundsätzlich die Kosten bei deren Einsatz massgeblich sind.[80] Nicht immer sind die Geschädigtenanwälte in der Lage, zu den Arbeitskraftkosten ausreichend präzise vorzutragen. Man müsste dafür lediglich, aber immerhin über Grundkenntnisse der Kostenrechnung und Lohnbuchhaltung verfügen. Diese sind nicht immer vorhanden und auf die Heranziehung eines einschlägigen Sachverständigen wird verzichtet. Soweit ausreichend vorgetragen akzeptiert der OGH aber den Stundenlohn inklusiver aller Lohnnebenkosten sowie der Umlegung der Kosten für Urlaub und Krankenstand.[81] Das ist deshalb bedeutsam, weil in Österreich die Sozialabgaben durchaus ins Gewicht fallen, es regelmässig 14 Bezüge pro Jahr gibt, die faktische Arbeitsleistung aber meist weniger als 10 Monate beträgt,

80 OGH 14.7.2011, 2 Ob 63/11w, ZVR 2012/6 (DANZL); 21.3.2002, 2 Ob 26/02s, ZVR 2003/45; 24.5.2006, 6 Ob 109/06g; CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn. 46, 49, 87.

81 OGH 29.3.2004, 5 Ob 38/04f, ecolex 2004,701; 21.4.2010, 7 Ob 63/10f, RdM-LS 2010/38: Zuspruch sämtlicher Lohnnebenkosten.

Vorexemplar Referenten

weil diese Alpenrepublik viele – bezahlte – Feiertage hat, wozu der Mindesturlaub und gewisse Krankenstände kommen. Nur ohne wirtschaftswissenschaftlichen Sachverstand kommt es zu einer unzutreffenden Gleichsetzung von Stundenlohn und Arbeitskraftkosten für eine Stunde.

Umstritten ist auch in Österreich[82] die Abgeltung von Bereitschaftszeiten bei der Pflege. Der OGH macht eine Abgeltung davon abhängig, ob der pflegende Haushaltsangehörige in dieser Zeit Outdoor-Aktivitäten unternommen hätte, also Bergsteigen oder ins Kino gegangen wäre oder die Zeit zu Hause mit dem Lesen eines Buches oder dem Verfolgen des Fernsehprogramms verbracht hätte. Das wurde als «anwaltliche Kreativitätsprämie» gegeisselt.[83]

In Deutschland steht dem Grunde nach ausser Streit, dass die Ersparnis von Marktleistungen durch das Einspringen von Familienangehörigen den Schädiger nicht entlasten darf,[84] was der Gesetzgeber schon in der Stammfassung für den Fall von Unterhaltsleistungen in § 843 Abs. 4 BGB festgelegt hat. Umstritten ist aber, in welchem Ausmass sich das niederschlägt. Der BGH nimmt bei der nach § 287 ZPO durchzuführenden Schätzung einen Abzug von 30% vom Bruttolohn vor.[85] Die «Segnungen» eines Arbeitsverhältnisses sollen insoweit keine Berücksichtigung finden.[86] Unausgesprochen dürfte die Sichtweise dahinter stecken, dass solche Haushaltsangehörige ansonsten nur unproduktiv zu Hause herumsitzen würden und die Abgeltung in Höhe der angenommenen Werte ohnehin angemessen sei.

Zutreffend ist aber m.E. die Sichtweise, dass auf diese Weise Marktleistungen substituiert werden. Dazu kommt, dass bei der Ermittlung des Ersatzes zu beachten ist, dass die Einstufung sich passgenau nach den Anforderungen des Haushalts bzw. der Pflege zu orientieren hat und in zeitlicher Hinsicht die Ersatzkraft sich flexibel erweisen muss.[87] Zu diesen Konditionen zu arbeiten, wäre kaum eine Arbeitskraft am Markt bereit. Vielmehr wären dann die Kosten einer Agentur oder eines Pflegedienstes heranzuziehen, bereinigt um deren Gewinn und Verwaltungskosten, die freilich deutlich höher liegen würden. Zu konstatieren ist, dass der

82 Zur Berücksichtigung in Deutschland CH. HUBER, FS Müller (2009), 54 ff.

83 CH. HUBER, ÖJZ 2007, 632.

84 SPINDLER, BeckOK BGB § 843, Rn. 35; VIEWEG, Staudinger § 843, Rn. 43; WAGNER, MüKo BGB § 843, Rn. 39.

85 So seit BGH 8.2.1983, VI ZR 201/81, VersR 1983, 458.

86 STEFFEN, 2061.

87 Vgl. BGH 3.2.2009, VI ZR 183/08, NJW 2009, 2060; OLG Hamm 16.9.2016, 9 U 238/15, NJOZ 2017, 1002.

Vorexemplar Referenten

OGH[88] Stundensätze zwischen 23 € und 30 € gebilligt hat, während in Deutschland die Ansätze zum Teil bei weniger als der Hälfte liegen[89] – und das bei vergleichbarer Kaufkraftparität.

2. Nützlichkeit versus Entbehrlichkeit von Tabellen

Namentlich beim Haushaltsführerschaden bei Verletzung und Tötung hat sich eine Steigerung des Ersatzes um mehrere hundert Prozent ergeben, als man in Deutschland unter dem Einfluss der Beiträge von ECKELMANN[90] für die Ermittlung des zeitlichen Arbeitsaufwands statistische Untersuchungen herangehzogen hat.[91] Solche, nämlich in der Schweiz die SAKE-Erhebungen, sind auch dort ein unverzichtbares Hilfsmittel.[92] In letzter Zeit wird die Bezugnahme auf statistische Unterlagen in Deutschland mit dem Hinweis bekämpft, dass die verwendeten Tabellen auf einer älteren Datenlage beruhten und der Wandel der Lebensgewohnheiten sowie der technische Fortschritt zu deutlich geringeren Werten führen müssten.[93]

Unerwähnt bleibt dabei freilich, dass die SAKE-Erhebungen der Schweiz meist brandaktuell sind und die dortigen Werte sich von den in Deutschland verwendeten älteren Statistiken kaum signifikant unterscheiden. Es ist nämlich so, dass so mancher technische Fortschritt zwar zu einer Zeitersparnis führt, der aber zur Qualitätssteigerung genutzt wird. Früher musste man die Wäsche mit der Hand waschen; inzwischen steht dafür eine Waschmaschine zur Verfügung. Das dürfte freilich auch dazu geführt haben, dass man heute die Wäsche, namentlich die Unterwäsche, häufiger wechselt, was die Zeitersparnis dämpft. Zutreffend ist, dass es heute den Pizzaschnelldienst gibt, der das zeitaufwändige Kochen erspart; Fakt ist freilich auch, dass die Menschen – nicht nur in Zeiten der Corona-Pandemie – wieder vermehrt selbst kochen, weil sie erkannt haben, dass die Ernährung mit Fast Food – jedenfalls mittelfristig – ihre Gesundheit beeinträchtigt.

88 OGH 14.7.2011, 2 Ob 63/11w, ZVR 2012/6 (DANZL): Höchstbetrag von 30 €/h; 28.11.2017, 2 Ob 189/16g, ZVR 2018/102 189 (CH. HUBER): 23 €/h.

89 BGH 28.8.2018, VI ZR 518/16, NJW 2019, 362 (FILTHAUT) = HAVE 2018, 61 (CH. HUBER); OLG Karlsruhe 19.2.2020, MedR 2021, 52 (ZIEGLER) = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 182 (CH. HUBER); OLG Celle 26.6.2019, 14 U 154/18, VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 215 (CH. HUBER); KG 11. 12. 2017, 20 U 19/14, MedR 2018, 575 (CH. HUBER).

90 ECKELMANN, 355 ff.

91 CH. HUBER, DAR 2010, 679.

92 Jüngst BG 9.12.2019, 4A_430/2019, E.2.1, 2.5; LANDOLT, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 79.

93 Etwa MERGNER, VersR 2013, 1379.

Vorexemplar Referenten

Äusserst bedenklich ist es jedenfalls, wenn die Gerichte wie etwa das OLG Celle[94] die Massgeblichkeit von Tabellenwerke zur Seite schieben, weil sie meinen, dass ihre über den Daumen gepeilte Schätzung präziser sei. Gerichte massen sich insoweit eine Sachkunde an, die nicht besteht. Nicht nur bei Bekämpfung der Corona-Pandemie ist es bedenklich, wenn Entscheidungen nicht auf faktenbasierte wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt werden, obwohl solche vorhanden sind.

In Österreich haben Tabellenwerke bei der Ermittlung des Haushaltsführeschadens bisher noch nie eine Rolle gespielt. Die Geschädigtenanwälte haben solche bei ihrem Vorbringen nicht verwendet, sodass für die Ersatzpflichtigen keine Notwendigkeit bestand, deren Datenbasis anzuzweifeln bzw. dem OGH Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Beim Heurigen und im Kaffeehaus nimmt man das nicht so genau – es kommt, wie das LANG/BUCKA[95] ausgedrückt haben – zu Paketlösungen, bei denen eine Globalabfindung gezahlt wird mit der Folge, dass der Anspruchsteller gar nicht so genau weiss, wieviel er für welchen Schadensposten erhält. Tendenziell ist es eher zu wenig als zu viel. Jedenfalls beim Regress von Sozialversicherungsleistungen ergeben sich dann Probleme der Zuordnung.

3. Ersatzfähigkeit von Opportunitätskosten

Je geringer der Stundenlohn bei Haushalts- und Pflegedienstleistungen bemessen wird, umso häufiger stellt sich die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Opportunitätskosten des einspringenden Familienangehörigen. Prototypisch geht es um folgende Konstellation: Eine Person, häufig ein Kind, ist schwer verletzt. Die Betreuung kann von einem Elternteil nicht neben dem ausgeübten Beruf bewältigt werden. Aus diesem Grund gibt dieser Elternteil während eines bestimmten Zeitraums den Beruf teilweise oder vollständig auf, um sich vermehrt oder ganz dem Kind widmen zu können. Es stellt sich dann die Frage, ob der Ersatzanspruch des Kindes sich auf die durchschnittlichen Kosten einer einschlägigen Ersatzkraft beschränkt, allenfalls der Elternteil zu diesen Konditionen von der verletzten Person – auf Kosten des Schädigers – beschäftigt werden darf[96]

Vorexemplar Referenten

94 OLG Celle 26.6.2019, 14 U 154/18, VersR 2019, 1157, 1161 = Fachtagung Personenschaden 2019, 215 (CH. HUBER).

95 LANG/BUCKA, 451.

96 OGH 19.10.2000, 2 Ob 152/99p, ZVR 2001/106: Ehefrau hatte ihren Mann als angestellten Pfleger beschäftigt.

oder aber Ersatz in dem weitergehenden Umfang verlangt werden kann, in dem der betreuende Elternteil durch die (zeitweise) Aufgabe seines Berufs einen Vermögensnachteil erleidet. Je höher dotiert dieser Beruf ist, umso grösser ist naturgemäss die Differenz.

Gerade ein solcher Fall stellte sich in Deutschland bei einem Maschinenbau-Ingenieur, der sich voll und ganz der Pflege und Erziehung seines schwer verletzten Kindes gewidmet hat, nachdem die Inanspruchnahme staatlicher Leistungen zu keinem Erfolg geführt hatte. Dieser Vater brachte nicht nur enormes Engagement für sein Kind auf, sondern hat auch seinen Zeitaufwand penibel dokumentiert. Das OLG Bamberg[97] hat die Opportunitätskosten in einer ersten Phase zuerkannt, später aber dann versagt; der in einer späteren Phase angerufene BGH[98] hat diese Frage offen gelassen und sich dazu – obiter dictum – eher zurückhaltend geäussert. In Österreich ging es um einen vergleichbaren Fall einer Hauptschullehrerin,[99] wobei einzuräumen ist, dass die Einkommensdifferenz einer solchen zu einer das Kind betreuenden Erziehungs- und Pflegekraft deutlich geringer war.

Gegen die Mehrkosten könnte man einwenden, dass es sich insoweit um einen nicht ersatzfähigen Drittschaden handeln könnte. Verletzt ist das Kind, die Vermögenseinbusse erleidet allerdings die Betreuungsperson. So einfach ist Schadensrecht freilich nicht! Eine rationale Betreuungsperson wird zur Aufgabe ihres Berufs nur bereit sein, wenn sie wenigstens für diesen Zeitraum so entlohnt wird, als würde sie weiterhin während dieses Stundenausmasses in ihrem Beruf tätig sein. Es stellt sich die Frage, ob der Geschädigte sich «solchen Luxus» auf Kosten des Ersatzpflichtigen leisten darf:

Bei einem Kfz ist es in Deutschland völlig unbestritten, dass der geschädigte Eigentümer das Fahrzeug in der Werkstätte seines Vertrauens reparieren lassen darf, mag das bei dieser auch eine Schippe mehr kosten als in einer durchschnittlichen Werkstätte. In Sonntagsreden wird die Höherwertigkeit der Person gegenüber dem Eigentum an einer Sache stets beschworen, wobei dafür auf das GG Bezug genommen wird. Kommt es aber zum Schwur, ist das Schall und Rauch.

97 OLG Bamberg 28.6.2005, 5 U 23/05, VersR 2005, 1593 = HAVE 2006, 238 (LANDOLT).
98 BGH 9.4.2019, VI ZR 377/17, NJW 2019, 2607 = ZVR 2019/220 (CH. HUBER).
99 OGH 10.6.2008, 4 Ob 78/08m, EvBl-LS 2008/22, besprochen von CH. HUBER, iFamZ 2009, 27.

Vorexemplar Rotfarben

M.E. muss sich diese Wertung am konkreten Fall bewähren, sodass bis zur Grenze der Unverhältnismässigkeit Ersatz gebührt.[100] Das OLG Bamberg[101] hat das in einem besonders ausgerissenen Sachverhalt, der OGH[102] indes grundsätzlich bejaht.

B. Eigenleistungen bei Verletzung und Tötung

Deutsche, Österreicher und Schweizer gehören zur gleichen Kulturgemeinschaft. Es gibt unter diesen fleissigen Menschen, die nicht nur von Montag bis Freitag von 8 bis 17 Uhr in ihrem Beruf tätig sind. Vielmehr verwenden sie das durch berufliche Erwerbsarbeit nicht vollkommen ausgeschöpfte Zeitbudget für Eigenleistungen in der Privatsphäre: Sie legen Hand an bei Errichtung eines Wohnsitzes, häufig eines Einfamilienhauses, und erledigen Instandhaltung und Instandsetzung in Haus und Garten; manche reparieren sogar Autos und Heizungen.

Es macht stutzig, dass es dazu im Fall von Tötung und Verletzung solcher Personen nahezu ausschliesslich in Österreich – stattgebende – Judikatur gibt, entsprechende Sachverhalte aber in der Schweiz und Deutschland entweder nicht an die Gerichte herangetragen werden oder an übertrieben hohen Beweishürden scheitern.[103] Auch in letzter Zeit hat der OGH[104] seine Rechtsprechung fortgeführt, mag er bei zukünftigen Einbussen auch nur einen Blick in die allernächste Zukunft gewagt haben.

Insoweit sei der Hinweis an dieser Stelle nicht mehr, aber immerhin ein Erinnerungsposten für Anspruchsteller in der Schweiz, die prüfen mögen, ob es solche Konstellationen, namentlich in ländlichen Gebieten, nicht auch dort gibt. Den schweizerischen Gerichten wäre Gelegenheit zu geben, sich damit zu befassen. Wie die ständige Judikatur in Österreich belegt, sollten die Durchsetzungschancen bei entsprechendem Vorbringen durchaus gegeben sein und gar so klein sind die Vermögensposten, um die es geht, auch nicht.[105]

100 Dazu CH. HUBER, FS L. Jaeger (2014), 309 ff.

101 OLG Bamberg 28.6.2005, 5 U 23/05, VersR 2005, 1593 = HAVE 2006, 238 (LANDOLT).

102 OGH 10.6.2008, 4 Ob 78/08m, EvBl-LS 2008/22; besprochen von CH. HUBER, iFamZ 2009, 27.

103 Nachweise bei CH. HUBER, FS M. Kuhn (2009), 262 Fn. 7 f.; zuletzt OLG Kalsruhe 16.3.2020, 1016/17, SVR 2020, 426 (BALKE) = Fachtagung Personenschaden 2021, 189 (CH. HUBER).

104 OGH 7.7.2008, 6 Ob 75/08k, ZVR 2009/40; 10.6.2008, 4 Ob 78/08m, EF-Z 2008/135; vgl. ferner OGH 22.3.2018, 2 Ob 197/17k, ZVR 2018/219 (CH. HUBER).

105 OGH 22.03.2018, 2 Ob 197/17k, ZVR 2018/219 (CH. HUBER): 81'000 € Kapitalbetrag + monatliche Rente iHv 500 - 600 €; 7.7.2008, 6 Ob 75/08k, ZVR 2009/40: 84'000 €; 20.11.1997, 2 Ob 56/95, ZVR 1999/33: 500'000 öS (ca. 36'000 €).

Vorexemplar Referenten

C. Erwerbsschaden

1. Erwerbsschadensprognose

Die zukünftige Entwicklung vorherzusehen ist schwierig und nur mit Unwägbarkeiten möglich. Stellen sich schon bei in Lohn und Brot stehenden Arbeitnehmern Fragen der Berücksichtigung von Karrierenachteilen und Auswirkungen auf den künftigen Rentenschaden, werden die Probleme noch grösser bei Kindern und Personen mit einer nicht kontinuierlichen Erwerbsbiografie. Der BGH[106] weist darauf hin, dass eine Schätzung nicht ins Blaue erfolgen dürfe, das Tatgericht aber die Suche nach möglichen Anknüpfungstatsachen ausschöpfen müsse, ehe ein Begehren abgewiesen werden dürfe.

Am schwierigsten gestalten sich die Probleme bei einem selbständig Erwerbstätigen. Prototypisch dafür ist eine jüngere BGH-Entscheidung[107] bei Verletzung eines Zahnarztes, bei dem das Tatgericht durch Anstellen eines bloss mechanischen Vergleichs der Einnahmen und Ausgaben zu einer Abweisung gelangt ist, die der BGH zugunsten des Anspruchstellers zu Recht korrigiert hat:[108] Der Rückgang der Einnahmen müsse nicht «deutlich» sein, wie das Tatgericht meinte; werde eine Arbeitskraft entlassen und arbeite die Ehefrau, die für 20 Stunden bezahlt werde, aber 40 Stunden, sei das zu berücksichtigen. Entsprechendes gelte, wenn der Verletzte Aufwendungen für eine zusätzliche Zweigpraxis tätige, was zwar seinen steuerlichen Gewinn schmälere, aber nicht Ausdruck geminderter Leistungsfähigkeit sei.

Zudem war zu beachten, dass die Verletzung der linken Hand in einer ersten Phase kompensiert werden konnte, aber nicht auf Dauer; zudem der Umstand, dass es – womöglich erst mittel- oder langfristig – Auswirkungen auf den Kundenstamm habe, wenn ein Zahnarzt Pausen für Lockerungsübungen einlegen müsse bzw. manche Eingriffe nicht mehr selbst durchführen könne. Wenn eine gewisse Behandlung von ihm nicht – wie im gesunden Zustand – bei einem einzigen Besuch des Patienten abgeschlossen werden könne, sondern verletzungsbedingt auf mehrere verteilt werden müsse, schätzen das nicht alle Patienten. Die wenigsten gehen gerne zum Zahnarzt, wenn es schon sein muss, bringen sie es am liebsten mit einem Mal hinter sich.

Es gab also eine ganze Fülle gebotener normativer Korrekturen, die das Tatgericht trotz ausreichenden Vorbringens des Klägers übergangen hatte. Nachdrücklich

106 BGH 31.3.1992, VI ZR 143/91, NJW-RR 1992, 852 f.; CH. HUBER, NomosKomm BGB[4] § 253, Rn. 79.
107 BGH 19.9.2017, VI ZR 530/16, NZV 2018, 172 (CH. HUBER) = zfs 2018, 85 (DIEHL).
108 Die Zusammenfassung folgt bei CH. HUBER, NomosKomm BGB[4] §§ 842, 843, Rn. 145a.

Vorexemplar Referenten

und zu Recht hat der BGH darauf hingewiesen, dass solche Auswirkungen nicht ein Orthopäde, sondern nur ein Zahnmediziner beurteilen könne, so dass das Tatgericht nicht den «richtigen» Sachverständigen herangezogen bzw. dem herangezogenen nicht die richtigen Fragen gestellt habe.[109]

2. Der Erwerbsschaden bei Verletzung eines Gesellschafters bzw. Gesellschafter-Geschäftsführers

Solche Probleme haben sich in den letzten Jahren vornehmlich im österreichischen, nicht aber im deutschen Recht gestellt.[110]

a) Ersatzfähigkeit des beeinträchtigten Unternehmenswerts

Zutreffend ist im Ausgangspunkt, dass der Erwerbsschaden eines verletzten Gesellschafter-Geschäftsführers nicht nur in entgehenden Einnahmen und höheren Aufwendungen liegen kann, sondern auch in einer Wertminderung seines Gesellschaftsanteils.[111] Freilich ist dabei zu beachten, zu welchem Entgelt ein Gesellschaftsanteil ohne Verletzung veräusserbar ist. Nur der durch die Verletzung eintretende zusätzliche Nachteil ist ersatzfähig. Damit hatte sich kürzlich der OGH[112] zu befassen: Ein Personal-Trainer, der Prominenten und anderen Menschen Fitnessunterricht erteilt und damit offenbar gutes Geld verdient hatte, konnte diese Tätigkeit verletzungsbedingt nicht mehr fortführen. Schlussendlich veräusserte er seine Gesellschaftsanteile und machte einen Entwertungsschaden von 1'102'000 € geltend.

Der OGH verwies zurück, um die Höhe zu klären. M.E. ist kaum vorstellbar, dass insoweit ein besonderer Unternehmenswert gegeben war, der beeinträchtigt werden konnte. Selbstverständlich ist der Verletzte dafür zu entschädigen, dass er künftig kein Erwerbseinkommen mehr erzielen kann; aber die von ihm gegründete Gesellschaft hätte er auch ohne Verletzung kaum um über 1 Mio. € verkaufen können, ging es doch nicht um eine besondere Geschäftsidee, sondern die Verwertung seiner Arbeitskraft, die bei Veräusserung kaum fungibel sein dürfte.

109 Zur Bedeutsamkeit des „richtigen" medizinischen Sachverständigen und der richtigen Fragen an diesen M. SCHAH SEDI, 141 ff. unter Hinweis darauf, dass nicht alle Ärzte zwischen der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit, dem Grad der Invalidität und dem Erwerbsschaden nach §§ 842 f. unterscheiden; ebenso HOFFMANN, 134.

110 Näheres zum Problemkreis bei CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn. 67 ff.

111 CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn. 69.

112 OGH 25.7.2019, 2 Ob 2/19m, RZ 2019/25 (SPENLING) = ÖJZ 2020/16 (KAPETANOVIC).

Vorexemplar Referenten

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass es sich insoweit um kein spezifisches Problem des Gesellschaftsrechts handelt, sondern bei einem Einzelunternehmer ebenso vorkommen kann.

b) Modalitäten der Abgeltung des Arbeitskrafteinsatzes

(1) Personengesellschaften

In Deutschland ist es nach wie vor h.M.,[113] dass bei Verletzung eines Gesellschafters einer Personengesellschaft dieser lediglich seine Gewinneinbusse geltend machen kann, sofern im Gesellschaftsvertrag keine Tätigkeitsvereinbarung getroffen wurde. Nur dann seien insoweit die Regeln über die Entgeltfortzahlung bei Arbeitnehmern analog anzuwenden.

Auch im österreichischen Recht war das die längste Zeit die h.M., ehe der OGH[114] seine Ansicht modifizierte; der deutsche BGH hatte mangels eines einschlägigen Falls dazu noch keine Gelegenheit. Nunmehr gilt für das österreichische Recht: Über die Gewinneinbusse des verletzten Gesellschafters hinaus kann Ersatz verlangt werden, soweit die Beeinträchtigung seines Arbeitskrafteinsatzes in der Gewinneinbusse der Mitgesellschafter ihren Niederschlag findet. Insofern ist eine blosse Schadensverlagerung gegeben. Lediglich die darüber hinaus eintretende Werteinbusse beim Kapitalanteil der Mitgesellschafter ist ein nicht ersatzfähiger Drittschaden.

Ob bei Einstellung einer Ersatzkraft den Ersatzanspruch die Gesellschaft oder der Gesellschafter geltend macht, ist eine Frage der Aktivlegitimation, die bei Personengesellschaften grosszügig gehandhabt werden sollte, sofern sowohl der verletzte Gesellschafter, der persönlich unbeschränkt haftet, als auch die Gesellschaft von den Gläubigern belangt werden können. Aus Gründen der Vorsicht sollte bei Einstellung einer Ersatzkraft durch die Gesellschaft diese den Anspruch erheben oder der verletzte Gesellschafter Zahlung an die Gesellschaft verlangen. Durch Abtretung möglicher Ansprüche und Vereinigung aller in Betracht kommender Ansprüche in einer Hand lassen sich Fallstricke vermeiden.

Die Bündelung aller Ansprüche in einer Hand ist aus pragmatischen Gründen zu befürworten und hat vor allem prozessökonomische Vorteile. Zu denken ist etwa an eine zwischen Ehegatten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der

113 PARDEY, Kap. 4 Rn. 193; KÜPPERSBUSCH/HÖHER, Rn. 154 ff.

114 OGH 14.2.2008, 2 Ob 238/07z, ZVR 2008/239 mit Besprechungsaufsatz CH. HUBER, ZVR 2008, 484 ff.; Änderung der Rsp unter Bezugnahme auf CH. HUBER, JBl 1987, 613 ff.; gegenteilig noch OGH 22.2.2007, 2 Ob 156/06i, ZVR 2007/255 (CH. HUBER).

Vorveröffentlichtes Referenten

Landwirtschaft, bei der im Fall der Verletzung eines Gesellschafters, etwa des Bauern oder der Bäuerin, mehrere Kinder und zudem Verwandte und Bekannte einspringen, um den verletzungsbedingten Ausfall der Arbeitskraft zu substituieren. Würde jeder Einspringende aktivlegitimiert sein, käme es zu einem Prozess mit einer Vielzahl von Klägern.

(2) Kapitalgesellschaften

Personengesellschaften mit voller persönlicher Haftung aller Gesellschafter sind Ausdruck (überkommenen?) kaufmännischen Ehrgefühls. Es gibt solche Gesellschaften noch zu zig-tausenden. Bei Neugründungen wird freilich darauf geachtet, die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Es dominiert die GmbH. Vielfach gründet heute ein Einzelner eine GmbH, bei der er zugleich einziger Gesellschafter und auch Alleingeschäftsführer ist. Wird ein solcher verletzt, hat eine solche Gesellschaftsform auch im Haftpflichtrecht Vorteile.

Lässt sich eine Gewinneinbusse nicht oder nur schwer nachweisen, kann die GmbH nach den Regeln der Entgeltfortzahlung – wie bei Verletzung eines Arbeitnehmers – die trotz verletzungsbedingt unterbleibendem Arbeitskrafteinsatz fortgezahlte Geschäftsführervergütung ersetzt verlangen. Verlangen wird man freilich müssen, dass eine solche mittelfristig der Ertragskraft der Gesellschaft entspricht.[115] Würde die verletzte Person das Unternehmen als Einzelunternehmer betreiben, täte er sich mit einem solchen Begehren sehr viel schwerer. Die Einstellung einer Ersatzkraft oder zumindest das Einspringen Dritter, die diese Tätigkeit ausüben, müsste nachgewiesen werden.

Liegt eine darüber hinaus gehende Gewinneinbusse vor, kann auch diese zusätzlich zum Fortzahlungsschaden ersetzt verlangt werden,[116] unabhängig davon, ob der Geschäftsgewinn ausgeschüttet wird oder die Ausschüttung fällig ist.[117] Da es bei einer GmbH für die Gläubiger einen Unterschied macht, ob sich ein Vermögenswert in der Gesellschaft oder im Privatvermögen des Gesellschafters befindet, wäre es sachgerecht, wenn lediglich die GmbH Ersatz an sich oder der Gesellschafter Zahlung an die GmbH verlangen könnte.[118]

Vorexemplar Referenten

115 CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn. 71.
116 OGH 26.2.2019, 2 Ob 14/18z, Zak 2019/286: Bilanzverlust von 70'000 €, davon 28'800 € geltend gemacht.
117 OGH 25.2.2016, 2 Ob 27/16h, ZVR 2018/41 (CH. HUBER).
118 AA OGH 25.2.2016, 2 Ob 27/16h, ZVR 2018/41 S 62 (CH. HUBER): Die GmbH ist freilich nach dem Unfall veräussert worden.

Bei solchen Ein-Mann-GmbHs herrschen mitunter «schlampige Verhältnisse». Die Modalitäten der Fortzahlung des Geschäftsführerbezugs im Krankheitsfall wird nicht immer penibel geregelt. Warum auch, sind doch Gesellschaft, Gesellschafter und Geschäftsführer wirtschaftlich identisch. Der OGH hat in einer jüngeren Entscheidung[119] aber gerade daran Anstoss genommen. Sofern keine eindeutige Regelung des Innenverhältnisses gegeben war, hat er einen Entgeltfortzahlungsschaden verneint. Das ist m.E. zwar unzutreffend, weil die Ersatzfähigkeit einer derartigen Einbusse gegenüber dem Ersatzpflichtigen nicht von der Regelung im Innenverhältnis abhängig sein kann; die Entscheidung macht aber deutlich, dass genaue Absprachen – und seien es solche mit sich selbst – jedenfalls im Schadenersatzrecht überaus nützlich sind.

D. Zuweisung der Aktivlegitimation – pragmatische Lösungen oder penible juristische Präzision

Bei Schäden einer Person, die durch die Familie oder die Gesellschaft aufgefangen werden, stellt sich mitunter die Frage der Aktivlegitimation.[120] Steht diese dem Verletzten zu oder demjenigen, der eine Leistung erbracht hat? Klagt der «Falsche», führt das zum Prozessverlust mit Kostenfolgen. Klagt aber sodann der «Richtige», ist der Anspruch womöglich verjährt. Bedeutsam ist das auch bei Vererbung des Anspruchs, in welchen Nachlass dieser fällt, sowie bei Insolvenz. Auch für das Steuerrecht kommt es darauf an, bei wem ein Zufluss erfolgt.

Im Regelfall findet ein gütlicher Ausgleich in der Familie statt, freilich nicht immer.[121] Ob der eine oder andere zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt ist, hat mitunter auch Auswirkungen auf die Vorteilsausgleichung sowie das Ausmass des Regresses des Sozialversicherungsträgers. Im österreichischen Recht wurde die Aktivlegitimation lange Jahre grosszügig beurteilt, der eine wie der andere wurde als zur Anspruchserhebung berechtigt angesehen. In letzter Zeit wurde die Aktivlegitimation indes genauer geprüft und zum Teil gestützt auf deren Fehlen Ansprüche abgewiesen. Um welche Fallgruppen geht es bei Auffangen des Schadens innerhalb der Familie?[122]

119 OGH 7.5.2019, 10 Ob 98/18m, ecolex 2019/327 (MELCHER).

120 Dazu demnächst umfassend CH. HUBER, Die Aktivlegitimation beim Personen- und Sachschaden, ZVR 2021.

121 Instruktiv OGH 29.1.2015, 6 Ob 149/14a, iFamZ 2015/90 (GRÖGER) = HAVE 2016, 223 (CH. HUBER): Streit um die im Nachlass befindliche Leistung der Haftpflichtversicherung für Pflegeleistungen des schwerst verletzten Verkehrsunfallopfers zwischen der betreuenden Mutter und dem minderjährigen Kind, vertreten durch dessen Mutter nach Tod des Verkehrsunfallopfers, als Erben.

122 Die Fragen im Gesellschaftsrecht wurden in Punkt III.C.2 en passant behandelt.

Vorexemplar Referenten

1. Heilungskosten

Im Rahmen der Heilungskosten sind auch Besuchskosten von Angehörigen ersatzfähig, soweit sie für die Genesung förderlich sind. Es geht dabei um Fahrtkosten, ausnahmsweise auch um Verdienstentgang bzw. Kosten des Haushalts, etwa Babysitterkosten.[123] Einerseits ist Ersatz zu leisten, weil eine Person verletzt ist, andererseits entsteht die Vermögenseinbusse beim besuchenden Familienangehörigen. Zugestanden wird die Aktivlegitimation dem Verletzten wie auch dem die Leistung Erbringenden.[124] Für eine Geltendmachung durch den Verletzten spricht, dass es auf diese Weise zu einer Bündelung der Ansprüche kommt, während ansonsten eine Mehrzahl von Klägern am Prozess beteiligt ist. Für die Aktivlegitimation des Besuchers kann allerdings ins Treffen geführt werden, dass auf diese Weise bei einem verletzten Kind die gerichtliche Geltendmachung nicht von der – erst nach einiger Zeit nach § 167 Abs 3 ABGB erteilten – Genehmigung durch das Pflegschaftsgericht abhängig ist.

2. Erwerbsschaden eines Kindes und fortlaufende Unterhaltsgewährung

Kommt es dazu, dass ein Kind verletzungsbedingt sein Studium später in Angriff nehmen kann, führt das dazu, dass die Eltern an das Kind länger Unterhalt gewähren. Auch in dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob das verletzte (auch volljährige) Kind oder die den Unterhalt gewährenden Eltern zur Geltendmachung berechtigt sind. Eine neuere Entscheidung[125] hat insoweit die Aktivlegitimation der Eltern eingeschränkt. Zutreffend hat der OGH darauf hingewiesen, dass der Erwerbsschaden des verletzten Kindes erst ab dem Zeitpunkt gegeben ist, ab dem es infolge der verspäteten Vollendung des Studiums daran gehindert ist, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, nicht aber während der Phase der verletzungsbedingten Untätigkeit. Die Eltern sind zu einem Leistungsbegehren erst aktivlegitimiert mit Erbringung konkreter (Unterhalts-)Leistungen, davor aber nur zu einem Feststellungsbegehren. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Erwerbsschaden des verletzten Kindes wegen des verzögerten Studienabschlusses höher sein wird als der von den Eltern geleistete Unterhalt, weil ein Kind nach Abschluss des Studiums ein höheres Grundeinkommen erhält als der von den Eltern geleistete Unterhalt, sodass für diesen Differenzanspruch allein das Kind aktivlegitimiert ist.

Vorexemplar Referenten

[123] Umfassend dazu CH. HUBER, Fragen der Schadensberechnung, 289 ff.
[124] CH. HUBER, ABGB Taschenkommentar, § 1325 Rn 32, 36.
[125] OGH 25.4.2018, 2 Ob 18/18p, ZVR 2018/220 (SCHWARZENEGGER) = JAP 2018/2019/27 (NIGSCH).

3. Unterhaltsersatz bei Tötung

Beim Unterhaltsersatz bei Tötung (Versorgerschaden) geht es um mehrere Komponenten, bei denen der Fixkostencharakter eine Rolle spielt: So ist das namentlich bei den Wohnkosten, aber auch bei Betreuungsleistungen. Bei all diesen geht es um das Phänomen der Kostenremanenz; Kosten bleiben in etwa gleich hoch ungeachtet des Umstands, dass eine Person wegfällt.

In den untersuchten Sachverhalten geht es um folgende Fragen: Der das Erwerbseinkommen erzielende Ehemann und Vater wird getötet. Steht der Unterhaltsersatzanspruch wegen der Wohnkosten allein der Witwe zu, weil die Kinder ja auch dann in den Genuss des Wohnens kommen, solange sie im gemeinsamen Haushalt leben oder hat eine Aufteilung, im Zweifel nach Kopfquoten, stattzufinden?[126] Eine entsprechende Frage stellt sich bei Tötung der den Haushalt führenden Ehefrau. Kann der Vater die Kosten der für die Haushaltsführung eingestellten Ersatzkraft allein geltend machen, weil er nun seinerseits den Kindern im Rahmen seiner erweiterten Unterhaltspflicht die Haushaltsführung schuldet; oder hat eine Aufteilung stattzufinden, im Zweifel nach Kopfquoten?

In einer neueren Entscheidung[127] hat sich der OGH nach früherer Differenzierung für die Gleichbehandlung beider Fallgruppen entschieden; und das mit dem einleuchtenden Argument, dass das eine wie das andere Unterhalt sei. Er hat auch insoweit darauf hingewiesen, dass der überlebende Elternteil für die Ansprüche der Kinder nur insoweit aktivlegitimiert sei, als er bereits Leistungen erbracht habe; für die Zukunft bestehe aber nur die Aktivlegitimation für die Erhebung eines Feststellungsbegehrens. Einschränkend sei darüber hinaus zu beachten, ob allfällige Ansprüche der Kinder nicht schon nach § 332 ASVG auf den Sozialversicherungsträger übergegangen seien. Sei das so, gebe es nämlich nichts mehr, was auf den überlebenden Elternteil nach § 1358 ABGB im Weg einer Legalzession, die eine erbrachte Leistung voraussetzt, übergehen könne.

Bedeutsam ist die exakte Zuordnung der Aktivlegitimation in solchen Fällen aus mehreren Gründen: Das Ausmass des Regresses des Sozialversicherungsträgers ist davon abhängig. Beim Unterhaltsersatzanspruch des überlebenden Ehegatten muss dieser sich den ersparten Unterhalt der Ehefrau im Weg des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen; bei den Kindern kommt eine solche Anrechnung nicht in Betracht. Sollten die Zuflüsse der ESt unterliegen, ist es für die Anspruchssteller vorteilhaft, die Ansprüche auf möglichst viele Köpfe zu verteilen.

[126] Zur präziseren Zuweisung der Aktivlegitimation WEBER, Personen-Schaden-Forum 2019, 185 ff.
[127] OGH 22.3.2018, 2 Ob 197/17k, ZVR 2018/219 (CH. HUBER).

Vorzeitiger Reihenten

Dieses Judiz ist Ausdruck juristischer Feinarbeit – und formal nicht zu beanstanden. Freilich muss dann Folgendes beachtet werden: Im Regelfall werden die Kinder irgendwann selbsterhaltungsfähig und die Unterhaltspflicht endet. Namentlich bei den Wohnkosten wirkt sich das in der Weise aus, dass diese auf die im Haushaltsverbund verbleibenden Mitglieder zu verteilen sind; so lange, bis das letzte Kind auszieht und die Wohnkosten der Witwe allein zustehen.

Der Vollständigkeit sei erwähnt, dass bei Erlöschen der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind, das den Haushalt verlässt, auch die variablen Kosten sich verändern. Im Klartext bedeutet das, dass der Anteil der verbleibenden Familienmitglieder am Unterhaltsersatz sich erhöht. Es ist zu befürchten, dass das in der Praxis unter den Tisch fällt, weil dann das Mandat des Anwalts erloschen ist bzw. dieser keine Kenntnis hat, dass es auch auf solche Details ankommt. Wäre der überlebende Ehegatte auch bezüglich der auf die Kinder entfallenden Fixkosten aktivlegitimiert, die Gefahr der Verkürzung wäre wenigstens in Bezug auf diese nicht gegeben. Um solche Gefahren wenigstens abzufedern, könnte es aus Transparenzgründen sinnvoll sein, schon im Ausgangsprozess die fixen Kosten immerhin offen auszuweisen.

IV. Wechselbeziehungen zwischen Schadenersatz- und Sozialversicherungsrecht

A. Sachliche Kongruenz von Leistungen von Berufshelfern und Behindertenwerkstätten

Eine Person wird mitunter so schwer verletzt, dass eine Rückkehr an den angestammten Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist. Im Sozialversicherungsrecht gilt der Grundsatz «Rehabilitation vor Rente», im Schadenersatzrecht das vergleichbare Prinzip des «Vorrangs der Restitution vor der Kompensation». Welche Auswirkungen zeigen solche hehren Prinzipien bei konkreten Fällen?

Beim Arbeitsvertrag ist keine flexible Anpassung des Entgelts möglich, wenn ein Arbeitnehmer in seiner Leistungsfähigkeit verletzungsbedingt beeinträchtigt ist. Der Arbeitgeber steht vor der Alternative, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen oder ihn zu kündigen.[128] Mitunter kann eine weitere Ausübung des bisherigen Berufs dadurch ermöglicht werden, dass dem verletzten Arbeitnehmer ein Berufshelfer zur Seite gestellt wird. Insoweit handelt es sich um zusätzliche

[128] CH. HUBER, FS M. Binder (2010), 587 f.

Vorexemplar Referenten

Aufwendungen des verletzten Arbeitnehmers, um sein angestammtes Erwerbseinkommen zu erzielen. Der OGH[129] hat einen Regress des Sozialversicherers bejaht, als dieser einen solchen Zuschuss für einen Arbeitshelfer eines Schornsteinfegers geleistet hat. Sollte der Zuschuss des Sozialversicherers zeitlich befristet sein, ist dem verletzten Arbeitnehmer ein Anspruch gegen Schädiger für die nachfolgende Etappe einzuräumen.

Mitunter ist eine Person so erheblich verletzt, dass sie ihre Arbeitskraft auf dem primären Arbeitsmarkt nicht mehr verwerten kann. Mitunter sind solche Personen in einer Behindertenwerkstätte tätig, wo die Kosten für Beschäftigung höher sind als der von diesen erwirtschaftete Ertrag. Auch insoweit leisten Sozialversicherer gelegentlich Zuschüsse. Geht es allein um eine Beschäftigungstherapie, handelt es sich nicht mehr um einen Erwerbsschaden, sondern um vermehrte Bedürfnisse. Bedeutsam ist das bei der Frage, was von einem Abfindungsvergleich ausgeklammert wurde; aber auch, ob ein Anspruch auf Verdienstentgang weiter besteht, was bei einer Qualifizierung als vermehrte Bedürfnisse zu bejahen ist.

Der OGH[130] hat einen solchen Anspruch – ohne nähere Auseinandersetzung – abgewiesen, weil für ihn die Ermittlung der Tagessätze zu kompliziert war. Der Anspruchsteller hatte dabei eine Methode angewendet, die der OGH bei den Betriebsreservekosten der Verkehrsbetriebe ohne Weiteres gebilligt hatte. Sehr viel einfühlsamer hat das OLG Hamm[131] einen vergleichbaren Fall im stattgebenden Sinn entschieden: Eine Sozialpädagogin erlitt eine so schwere Hirnverletzung, dass sie nur noch zu Verpackungstätigkeiten im Heim einer Evangelischen Stiftung eingesetzt werden konnte. Für zwei Jahre übernahm die Berufsgenossenschaft diese Kosten, die höher waren als der wirtschaftliche Ertrag der Tätigkeit. Das OLG Hamm sprach – mit mustergültiger Klarheit – aus, dass es bei einer solchen Tätigkeit nicht nur um das Geldverdienen gehe, sondern diese auch bedeutsam sei für das Selbstwertgefühl und die Schaffung sozialer Kontakte. Zudem sei die Beschäftigung ein Mittel zur Vermeidung eines weiteren geistigen Abbaus sowie gegen Depressionen. Diesen von Empathie geprägten Ausführungen kann man nur vollinhaltlich zustimmen.

Vorexemplar Referenten

129 OGH 24.9.2008, 2 Ob 163/08x, ZVR 2009/157 (Ch. Huber).

130 OGH 25.03.2010, 2 Ob 190/09v, Zak 2010/450.

131 OLG Hamm 5.12.2000, 27 U 103/00, DAR 2001, 308; in diesem Sinn schon OLG Hamm 23.8.1990, 6 U 114/89, VersR 1992, 459: Nichtannahme der Revision durch den BGH.

B. Originärer Regressanspruch der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 110 SGB VII

Bei einem Arbeitsunfall kommt es zu einem Haftungsausschluss des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, ausser bei Vorsatz. Der Arbeitnehmer hat lediglich einen Anspruch auf Leistungen gegen die gesetzliche Unfallversicherung. Für den Fall, dass der Unfall auf einem grob fahrlässigen Verhalten des Arbeitgebers beruht, hat die gesetzliche Unfallversicherung allerdings einen Rückgriffsanspruch gegen den Arbeitgeber. Das gilt im Ausgangspunkt in Deutschland ebenso wie in Österreich.

In Österreich besteht dieser originäre Anspruch nach § 334 Abs. 1 ASVG uneingeschränkt. Damit kommt es zur wenig nachvollziehbaren Rechtsfolge, dass der Arbeitgeber stärker belastet wird, als wenn er einem Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers ausgesetzt wäre,[132] bei dem insbesondere ein Mitverschulden des Arbeitnehmers anspruchsmindernd zu berücksichtigen wäre. Zudem kommt es beim originären Anspruch der gesetzlichen Unfallversicherung lediglich auf deren Aufwendungen an.

In Deutschland begrenzt § 110 SGB VII den originären Rückgriffsanspruch indes mit der Höhe des fiktiven Schadenersatzanspruchs. Umstritten war, ob bei diesem das Prinzip der sachlichen Kongruenz wie bei nach § 116 SGB X übergeleiteten Schadenersatzansprüchen gilt oder das nicht der Fall ist. In Frage stand vor allem die Einbeziehung des Schmerzensgeldanspruchs, für den es nach deutschem Sozialversicherungsrecht keine sachlich kongruenten Leistungen gibt. Der BGH[133] hat sich zu Recht für eine Einbeziehung des Schmerzensgeldes ausgesprochen, weil die Norm lediglich das Ziel verfolgt, eine stärkere Inanspruchnahme des Arbeitgebers als bei zivilrechtlicher Haftung zu vermeiden. Dass der verletzte Arbeitnehmer in concreto kein Schmerzensgeld erhält, ist unbeachtlich. Praktische Bedeutung hat das in den Fällen, in denen den verletzten Arbeitnehmer etwa ein Fünftel Mitverschulden trifft, das Schmerzensgeld aber so hoch ist, dass es die Kürzung bei den vom gesetzlichen Unfallversicherer getätigten Aufwendungen wettmacht, ganz oder zum Teil.

Vorexemplar Referenten

[132] NEUMAYR/CH. HUBER, Praxis-Kommentar ABGB[4], § 334 ASVG Rn 32.
[133] BGH 27.6.2006, VI ZR 143/05, BGHZ 168, 161 = VersR 2006, 1429.

C. Durchbrechung des Haftpflichtprivilegs des Schädigers bei Regress des Sozialversicherungsträgers gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer durch die Reform BGBl I 2020, 1248

Die zum 1. Januar 2021 in Kraft getretene Neuregelung der Regressbeschränkung gegen Angehörige mitsamt deren Durchbrechung in § 116 Abs 6 SGB X ist eine Belegstelle, wie sehr es geboten wäre, das Zusammenspiel einer Mehrzahl von Normen in den Blick zu nehmen. Im Ausgangspunkt geht es um folgendes Problem: Eine verletzte Person hat einen Schadenersatzanspruch gegen einen Schädiger, der ein Angehöriger ist und mit dem sie in häuslicher Gemeinschaft lebt. Erbringt eine Privat- oder Sozialversicherung an die verletzte Person Leistungen, nimmt sie aber sodann beim Schädiger Regress, besteht die Gefahr, dass der Leistungsempfänger Steine statt Brot erhält. Mit der einen Hand wird ihm etwas gegeben, was man dem Familienangehörigen, der mit ihm in einer Haushaltsgemeinschaft lebt, wieder nimmt. Betrachtet man den Saldo der Familie, handelt es sich um ein Nullsummenspiel. Dass das dem familiären Frieden nicht gut tut, kommt dazu. Daher gibt es für gewisse Konstellationen einen Regressausschluss des die Drittleistung erbringenden Versicherers.

Ein weiteres Problem stellt sich, wenn der Schädiger haftpflichtversichert ist. Kann sich der Haftpflichtversicherer, der nur leisten soll, wenn der Schädiger zur Leistung verpflichtet ist, auch auf den Regressausschluss berufen? Bei formaler Betrachtung ist das so. Freilich ist zu beachten, dass durch den Regressausschluss lediglich der Schädiger, der Angehöriger ist, privilegiert werden soll; warum sein Haftpflichtversicherer davon profitieren soll, dafür gibt es – vom formalen Akzessorietätsprinzip abgesehen – keine überzeugenden Gründe.

Es stellt sich die Frage, wer Familienangehöriger ist und ob es auf die häusliche Gemeinschaft ankommen soll. Zudem wäre es gewiss sachgerecht, keine Differenzierungen vorzunehmen zwischen dem Regress eines Sozialversicherungsträgers und eines Privatversicherer. Wie gehen aber die beiden der Schweiz benachbarten Rechtsordnungen mit diesem Phänomen um?

Im österreichischen Recht findet sich nur eine sehr dürftige gesetzliche Regelung. Nach § 67 Abs. 2 VersVG[134] gilt ein Regressausschluss für in häuslicher Gemeinschaft lebende Familienangehörige. Die Merkmale «häusliche Gemeinschaft» und «Familienangehöriger» müssen kumulativ gegeben sein. Im Sozialversicherungsrecht findet sich keine Regelung. Allerdings hat die Rechtsprechung unter Bezugnahme auf § 67 Abs. 2 VersVG eine im Wesentlichen sachgerechte eigenständige

[134] Dieser entspricht der Regelung im deutschen VVG vor der Reform 2008.

Vorexemplar Referenten

Regelung entwickelt. Der Kreis der geschützten Angehörigen wird nicht in Anlehnung an § 67 Abs. 2 VersVG bestimmt, sondern eigenständig nach § 123 ASVG. Das hat zur Folge, dass Lebensgefährten – anders als nach § 67 Abs. 2 VersVG – nicht privilegiert sind.[135]

Eine Durchbrechung findet freilich insoweit statt, als der Schädiger haftpflichtversichert ist, ob eine Pflichtversicherung bzw. ein Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer gegeben ist, darauf kommt es nicht an. Der Regressanspruch beschränkt sich indes auf die Deckungssumme, auf die ein Zugriff möglich ist.[136] Beim Arbeitgeberhaftpflichtprivileg ist in § 333 Abs 3 ASVG eine Durchbrechung vorgesehen, wenn der Arbeitgeber einzustehen hat für einen Unfall mit einem Verkehrsmittel, für dessen Betrieb eine Kfz-Haftpflichtversicherung vorgeschrieben ist; und zwar begrenzt auf die Deckungssumme dieser Kfz-Haftpflichtversicherung. Warum da und dort Unterschiedliches gelten soll, ist m.E. nicht einzusehen.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit Wirkung vom 1. Januar 2021 das Familienhaftpflichtprivileg beim Regress des Sozialversicherers neu gefasst. In Reaktion auf eine BGH-Entscheidung,[137] die bei Schädigung einer Person durch einen Familienangehörigen im Ergebnis eine (partielle) Doppelliquidation der verletzten Person gegen den Sozialversicherungsträger und den Kfz-Haftpflichtversicherer des angehörigen Schädigers ermöglicht hatte, hat der Gesetzgeber wie in § 86 Abs. 2 VVG anstelle eines Ausschusses des Forderungsübergangs einen Regressausschluss vorgesehen, um ein solches Ergebnis zu vermeiden. Soweit, so konsequent.

Allerdings hat der Gesetzgeber in § 116 Abs. 6 SGB X weitere Besonderheiten normiert. In S. 2 wird angeordnet, dass eine nach dem schädigenden Ereignis eingegangene Ehe oder Lebenspartnerschaft in Kombination mit einer häuslichen Gemeinschaft die gleiche Rechtsfolge auslöst. Das Eingehen einer Lebensgemeinschaft reicht dafür somit nicht aus. Entspricht das dem modernen Familienbegriff – oder ist dies als Rückschritt anzusehen? Warum sollte Entsprechendes dann nicht gelten für eine Adoption?

In S. 3 schliesslich wird ein Regress in solchen Fällen eröffnet, soweit für den Schädiger Versicherungsschutz nach § 1 PflVG oder § 1 AuslPflVG besteht.[138] Da Krankenversicherungsschutz in Deutschland mal über die gesetzliche

135 NEUMAYR/CH. HUBER, Praxis-Kommentar ABGB[4], § 332 ASVG Rn 112.

136 NEUMAYR/CH. HUBER, Praxis-Kommentar ABGB[4], § 332 ASVG Rn 113.

137 BGH 17.10.2017, VI ZR 423/16, BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (MARTIN) = r+s 2018, 219 (LEMCKE).

138 Zur Bedenklichkeit der normativen Umschreibung auf diese Weise sei verwiesen auf OGH 17.3.2016, 2 Ob 112/15g, ecolex 2016/295 (MELCHER) = JBl 2017, 117 (PERNER) = HAVE 2017, 193 (CH. HUBER).

Vorexemplar Probeseiten

Sozialversicherung, mal über eine private Krankenversicherung erfolgt, ist kaum begründbar, warum der Regress völlig unterschiedlich ausfällt.[139] Auch mag man sich fragen, warum lediglich bei der Kfz-Haftpflichtversicherung eine solche Rechtsfolge greift, nicht auch bei anderen Pflichtversicherungen? Wenn man schon den Regress eröffnet, warum sollten nicht sämtliche, somit auch freiwillige Haftpflichtversicherungen einbezogen werden? BURMANN/JAHNKE[140] beschwören – scheinheilig? – den Schutz der Familie, die davor bewahrt werden müsse, in Auseinandersetzungen hineingezogen zu werden. ZWICKEL[141] begründet dies damit, dass der Sozialversicherer in solchen Fällen im Weg der action directe nur den Kfz-Haftpflichtversicherer direkt belangen können soll.

Wirtschaftlich geht es stehts darum, dass der Kfz-Haftpflichtversicherer nicht belangt werden soll. Dessen Leistungspflicht ist aber folgerichtig, soll doch durch das Familienhaftpflichtprivileg lediglich der Schädiger geschützt werden, nicht aber dessen Haftpflichtversicherer. Warum eine nach dem Unfall begründete Ehe oder Lebenspartnerschaft nur gegenüber einem Regress des Sozialversicherers eingewendet werden kann, nicht aber dem eines Privatversicherers, ist sachlich wohl kaum zu begründen.

Zum Arbeitgeberhaftpflichtprivileg gibt es in Deutschland – anders als in Österreich – keine Durchbrechung mit der Folge, dass der Kfz-Haftpflichtversicherer bei einem Kfz-Unfall allein aus dem Umstand profitiert, dass es sich um einen Arbeitsunfall gehandelt hat.

Und wie ist es in der Schweiz? Art. 75 S. 1 und 2 ATSG sieht einen Ausschluss des Rückgriffsrechts des Sozialversicherers nur bei leichter Fahrlässigkeit vor, dass freilich sowohl bei Schädigung unter Familienangehörigen als auch bei einem Arbeitsunfall. Sachgerecht ist die Gleichbehandlung beider Fallgruppen. Die Beschränkung auf leichte Fahrlässigkeit ist eine zu respektierende rechtspolitische Wertung. Folgerichtig erscheint auch eine Ausweitung über den Kreis der im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen auf Ehegatten sowie Verwandte in auf- und absteigender Linie. Das Abstellen jeweils auf die obligatorische Haftpflichtversicherung lässt ein stimmiges Konzept erkennen, wobei m.E. fragwürdig ist, warum eine freiwillige Haftpflichtversicherung anders behandelt werden soll.

Bei so viel Lob für die Schweiz sei schlussendlich freilich folgende Einschränkung angebracht: Womit soll es zu begründen sein, dass man beim Regress des

139 Zutreffend BURMANN/JAHNKE, 623 f.
140 BURMANN/JAHNKE, 624.
141 ZWICKEL, 332.

Vorexemplar Referenten

Privatversicherers in Art. 72 VVG allein auf die Haushaltsgemeinschaft abstellt? Und warum kommt es zu keiner Durchbrechung, wenn der Schädiger obligatorisch haftpflichtversichert ist? Auch für die Schweiz gilt: Das ist nicht eine stimmige Regelung aus einem Guss, sondern eher Stückwerk. Es gibt offenbar sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz Grenzen der Ministerialzuständigkeit, die einen Blick auf das grosse Ganze verhindern. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Passivität des österreichischen Gesetzgebers und die – zum Teil durchaus überzeugenden – Lösungen, die der OGH praeter legem entwickelt hat, kommt man zu dem Schluss, dass eine behutsame Fortentwickelung durch das Höchstgericht mitunter zu sachgerechteren Ergebnissen führt als auf ein Teilgebiet beschränkter Aktionismus einzelner Ministerien.

Literaturverzeichnis

AHRENS HANS-JÜRGEN, Gefahr der Sachentziehung – ein deliktischer Schaden? Seltsame Blüten der Rechtsprechung zum Dieselskandal, in: Danzl/Dauner-Lieb/Wittwer (Hrsg.), Festschrift für Christian Huber, München 2020, 1 ff.

ARMBRÜSTER CHRISTIAN, Herstellerhaftung für abgasmanipulierte Fahrzeuge, ZIP 2019, 837 ff.

BAMBERGER GEORG/ROTH HERBERT/HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.), BeckOnline Kommentar zum BGB, 56. Aufl., München 2020

BURMANN MICHAEL, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. 1. 2003 - VI ZR 139/02, NZV 2003, 167 ff.

BURMANN MICHAEL/JAHNKE JÜRGEN, Die Neufassung des Angehörigenprivilegs des § 116 VI SGB X zum 1.1.2021, NZV 2020, 621 ff.

DANZL KARL-HEINZ, Handbuch Schmerzengeld, Wien 2019

DERS., Aktuelle (Fort-)Entwicklungen beim Schmerzengeld, ZVR 2016, 456 ff.

DAUNER-LIEB BARBARA/LANGEN WERNER (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Baden-Baden 2021

ECKELMANN HANSGEORG, Schadenersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, NJW 1971, 355 ff.

ERNST HANS-GÜNTER/LANG HERBERT, Schmerzensgeld und Haushaltsführungsschaden – Sind die Schätzungsgrundlagen noch aktuell?, VersR 2019, 1122 ff.

GEIGEL REINHARD/HAAG KURT (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess, 28. Aufl., München 2020

GRISS IRMGARD/KATHREIN GEORG/KOZIOL HELMUT (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien/New York 2005

Vorexemplar Referenten

GSELL BEATE, Grenzen der deliktsrechtlichen Haftung der Herstellerin in den VW-Diesel-Fällen, JZ 2020, 1142 ff.

HACKS SUSANNE/WELLNER WOLFGANG/HÄCKER FRANZ/OFFENLOCH THOMAS, Schmerzensgeld Beträge 2021, 39. Aufl., Köln 2020

HEES MICHAEL, Wiederaufnahme: Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge – Ein Streifzug durch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, JZ 2020, 178 ff.

HINTEREGGER MONIKA, Trauerschmerzengeld und der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz im österreichischen Recht, in: Huber/Neumayr/Reisinger (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Danzl, Wien 2017, 71 ff.

HOFFMANN CHRISTIAN, Die medizinische Begutachtung, in: 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, Köln 2017, 131 ff.

HÖHER HEINZ OTTO, «Taggenaue» Berechnung von Schmerzensgeld ist abzulehnen, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. 3. 2019 – 1 U 66/18, VersR 2019, 1165 ff.

HUBER CHRISTIAN, Auslandsunfall eines deutschen Ehepaars in Österreich – Ein alltäglicher Sachverhalt, knifflige Rechtsfragen. Besprechung von OGH 14.2.2008, 2 Ob 238/07z, ZVR 2008, 484 ff.

DERS., Das «neue» Hinterbliebenengeld des § 844 Abs 3 BGB – Versuch einer ersten Einschätzung mit rechtsvergleichenden Bezügen zum österreichischen und schweizerischen Recht, in: Brömmelmeyer/Ebers/Sauer (Hrsg.), Festschrift für Hans-Peter Schwintowski, Baden-Baden 2017, 920 ff.

DERS., Das Ausmass des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007, 625 ff.

DERS., Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, VersR 2016, 73 ff.

DERS., Das neue Schadensersatzrecht, Köln 2003

DERS., Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäss § 1325 ABGB, JBl 1987, 613 ff.

DERS., Die Aktivlegitimation beim Personen- und Sachschaden, ZVR 2021 (demnächst)

DERS., Die Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens – Überlegungen aus Anlass von 2 Ob 216/19g, ZVR 2021, 47 ff.

DERS., Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, in: Dörig/Fellmann/Giger (Hrsg.), Festschrift für Moritz W. Kuhn, Bern 2009, 259 ff.

DERS., Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl., Wien 1995

DERS., Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, DAR 2010, 677 ff.

Vorexemplar Referenten

DERS., Hinterbliebenengeld – wer kann wieviel verlangen?, VersR 2020, 385 ff.

DERS., Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5 ff.

DERS., Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: Huber/Kornes/Mathis/Thoennessen (Hrsg.), Fachtagung Personenschaden 2019, Baden-Baden 2019, 197 ff.

DERS., Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: Huber/Kornes/Mathis/Thoennessen (Hrsg.), Fachtagung Personenschaden 2020/I, Baden-Baden 2020, 181 ff.

DERS., Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: Huber/Kornes/Mathis/Thoennessen (Hrsg.) Fachtagung Personenschaden 2021, Baden-Baden 2021, 147 ff.

DERS., Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige, in: Greiner/Gross/Nehm/Spickhoff (Hrsg.), Festschrift für Gerda Müller, Köln 2009, 35 ff.

DERS., Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zu BGE 17.11.2009, 4A_494/2009, HAVE 2010, 309 ff.

DERS., Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die «betroffene» Mutter, iFamZ 2009, 27 ff.

DERS., Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Huber/Jaeger/Luckey (Hrsg.), Festschrift für Lothar Jaeger, Köln 2014, 309 ff.

DERS., Zuspruch von Trauerschmerzengeld an beide Elternteile im Fall der Totgeburt - Bestandsaufnahme und weitergehende Überlegungen – Anmerkung zu OGH 30.8.2016, 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017, 383 ff.

HUBER CHRISTIAN/KADNER GRAZIANO THOMAS/LUCKEY JAN, Hinterbliebenengeld, Baden-Baden 2018

HUBER, CHRISTIAN/SCHULTESS, PAUL, Bemessung oder (ein bisschen mehr) Berechnung von immateriellen Schäden – was wäre möglich?, in: Fuhrer/Kieser/Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich (erscheint 2021)

JAEGER LOTHAR, Einfluss der Niedrigzinsphase auf die Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR 2019, 577 ff.

DERS., Anmerkung zu LG Aurich, Urteil vom 23.11.2018 – 2 O 165/12, VersR 2019, 887 ff.

DERS., Schwerstgeschädigte Kinder – Schmerzensgeld mindestens 500.000 € Zugleich Besprechung des Urteils OLG Dresden v. 18.8.2020 – 4 U 1242/18, VersR 2021, 589, VersR 2021, 557 ff

JAEGER LOTHAR/LUCKEY JAN, Schmerzensgeld, 10. Aufl., Köln 2019

Vorexemplar Referenten

KARNER ERNST, Der Ersatz immaterieller Schäden in der neueren Praxis, ÖJZ 2002, 302 ff.

KERSCHNER FERDINAND, Schmerzengeld: Kommentar und Judikatur, 2. Aufl., Wien 2020

KLEIN OLIVER, Die «Dieselverfahren» vor dem BGH – eine erste Zwischenbilanz in prozessualer Hinsicht – Zu den Themen des Seminars vom 28.1.2021 auf dem 59. Deutschen Verkehrsgerichtstag, NZV 2021, 1 ff.

KONRAD STEFANIE/NITSCH STEPHANIE, Anmerkung zu OGH Urt. v. 30.8.2016, 1 Ob 114/16w, JAP 2016/2017, 168 ff.

KÜPPERSBUSCH GERHARD/HÖHER HEINZ OTTO, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 13. Aufl., München 2020

LANDOLT HARDY, Genugtuungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

DERS., Hausarbeitsschaden: Lösungen aus dem Blickwinkel des schweizerischen Rechts, in: Huber/Kornes/Mathis/Thoennessen (Hrsg.), Fachtagung Personenschaden 2019, Baden-Baden 2019, 71 ff.

DERS., Ersatzpflicht für «Schockschäden», in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 361 ff.

LANG HERBERT/BUCKA SIBILLE, Das neue Hinterbliebenengeld – Erste Praxiserfahrungen und gerichtliche Entscheidungen, DAR 2020, 445 ff.

LANG HERBERT, «Taggenaue» Berechnung des Schmerzensgeldes und Verwendung von Tabellen beim Haushaltsführungsschaden, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, jurisPR-VerkR 5/2019 Anm. 1

LEMCKE HERMANN, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8.7.2008 – VI ZR 274/07, r + s 2008, 397 ff.

DERS., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3.6.2008 – VI ZR 235/07, r + s 2008, 395 ff.

LUCKEY JAN, Aktuelles zur Schmerzensgeldklage – zwischen «tag-» und «scheingenau», NJW 2019, 3361 ff.

DERS., Schmerzensgeldtabellen – Sinnhaftigkeit und Grenzen, in: 52. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2014, Köln 2014, 33 ff.

MERGNER TOBIAS, Die tatrichterliche Schätzung des Haushaltsführungsschadens, VersR 2013, 1377 ff.

MÜLLER GERDA, Der Personenschaden im Wandel von Rechtsprechung und Gesetzgebung – Teil 2, zfs 2019, 304 ff.

REISCHAUER RUDOLF/ SPIELBÜCHLER KARL/WELSER RUDOLF (Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts Band III, Vorschläge eines Arbeitskreises, Wien 2008

RIEHM THOMAS, Die deliktische Haftung des Herstellers in den «Abgas-Fällen», DAR 2019, 247 ff.

SÄCKER JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT/LIMPERG BETTINA (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Aufl., München 2020

Vorexemplar Referenten

SCHAH SEDI, MICHAEL, Medizinische Begutachtung von Unfallopfern, in: 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, Köln 2017, 141 ff.

SCHWIMANN MICHAEL/NEUMAYR MATTHIAS (Hrsg.), Taschenkommentar zum ABGB, 5. Aufl., Wien 2020

SCHWIMANN MICHAEL/KODEK ERICH (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, 4. Aufl., Wien 2017

SCHWINTOWSKI HANS-PETER/SCHAH SEDI CORDULA/SCHAH SEDI MICHAEL, Handbuch Schmerzensgeld, 2. Aufl., Köln 2020

SLIZYK ANDREAS, Schmerzensgeld 2021, 16. Aufl., München 2020

DERS., Anmerkung zu OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, NZV 2019, 351 ff.

STAUDINGER Kommentar zum BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 840-853, Berlin 2015

STEFFEN ERICH, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057 ff.

TEPLITZKY OTTO, Besprechung von Jarosch, Klaus/Müller, Otto/Piegler, Josef, Das Schmerzengeld. In medizinischer und juristischer Sicht, 2. Aufl., NJW 1967, 672 ff.

THORA CORNELIUS MARIA, Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs nach Tagessätzen – Zugleich Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2018 – 22 U 97/16, MedR 2019, 861 ff.

WEBER STEPHAN, Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich 2019, 185 ff.

WELLNER, WOLFGANG, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 16.4.2019 – 3 U 8/18, DAR 2020, 25 ff.

ZWICKEL, MARTIN, Die Neuregelung der Angehörigenprivilegien in § 116 Abs. 6 SGB X, MDR 2021, 329.

Vorexemplar Referenten

Vorexemplar Referenten

Ueli Kieser*

Sozialversicherungsrecht im Wandel – rückwärts oder vorwärts?

Inhaltsverzeichnis

I.	**Einführung**	**234**
II.	**Nicht eine Nussschale, sondern eine Flotte**	**234**
III.	**Beschränktheit des ATSG – der Horizont wird enger**	**235**
IV.	**Alte und neue Risiken – und der Umgang mit ihnen**	**236**
V.	**Finanzierung – ein vielfältiges Quellensystem**	**237**
	A. Ausgangspunkt: Vorliegen einer Versicherung	237
	B. Einbezug unterschiedlicher Quellen zur Finanzierung der Sozialversicherungen	240
	C. Vertiefter Blick auf die Krankenversicherung	241
VI.	**Rechtsetzung – Struktur und Ziselierung**	**242**
	A. Zur Fragestellung	242
	B. Wahl der zutreffenden Normierungsstufe	242
	C. Verfassungsrechtliche Vorgaben	243
	D. Effektivität der Normierung	244
	E. Einsatz von ständigen Kommissionen	245
	F. Ergebnis	245
VII.	**Rechtsprechung – vom Einschlagen von Pflöcken und vom Bewässern**	**245**
VIII.	**Wichtige Entscheide des Bundesgerichts – oder: Wo ist die Rechtsprechung konstant geblieben?**	**248**
IX.	**Blick zum weiten Horizont – braucht es ein Global Positioning System (GPS)?**	**250**
	A. Einordnung	250
	B. Die klassische Dreiteilung	251
	C. Funktion der Rechtsprechung im Besonderen	252
	D. Zum Schluss	253

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

Vorexemplar Referenten

I. Einführung

Dem Schreibenden ist von der Tagungsveranstalterin die Möglichkeit geboten worden, die Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht über einen weiten Horizont zu schildern. Diesem weiten Horizont entspricht das für den mündlichen Vortrag gewählte Bild der Nussschale auf dem hohen Meer. Die Nussschale wird von den Wellen getragen und zuweilen heftig geschüttelt – allein: Sie kann nicht untergehen.

Gerne wird diese Gelegenheit wahrgenommen. Gewiss sind die Auswahl der Themen und deren Einordnung subjektiv. Bei dieser Ausgangslage wird im vorliegenden Beitrag auch auf einen umfassenden wissenschaftlichen Apparat verzichtet. Blicke zurück und nach vorne sollen vom engen oder weiten Horizont leben und weniger von einem gefestigten Fundament.[1]

II. Nicht eine Nussschale, sondern eine Flotte

Das Bild von der Sozialversicherung als Nussschale ist falsch. Das schweizerische Sozialversicherungssystem wird auf Verfassungsebene als breit und unterschiedlich strukturiertes System vorgegeben. Es geht nicht zum eine einzige Nusschale, sondern um ein Zusammenwirken von durchaus unterschiedlichen Nussschalen. Dabei sind einzelne Zweige durch die Bundesverfassung eingehender geordnet als andere. Es finden sich zur AHV, zur IV, zur beruflichen Vorsorge, zur Mutterschaftsversicherung, zu den Familienzulagen sowie zur Arbeitslosenversicherung auf Verfassungsebene genauere Vorgaben. Bei anderen Sozialversicherungszweigen beschränkt sich die Verfassung im Wesentlichen auf die Kompetenzzuordnung an den Bund. Freilich ist auch hier sorgfältig auf den Gehalt von allfälligen verfassungsrechtlichen Vorgaben einzugehen; so ist in Art. 117 Abs. 1 BV beispielsweise vorgegeben, dass der Bund eine Kranken*versicherung* einrichtet, was die Ausgestaltung als Versorgungssystem ausschliesst.[2]

[1] Dass zwischen der hohen See und den Gerichten enge Bezüge bestehen, ist allgemein bekannt: «Vor Gericht und auf hoher See bist du in Gottes Hand», sagt ein altes Sprichwort. Oft wird das Sprichwort so verstanden, dass das Gerichtsverfahren hinzunehmen und nicht zu beeinflussen ist. Aber es kann eben auch anders verstanden werden: Gerade auf hoher See ist die Navigationskunst besonders gefragt, und ausser dir und Gott ist niemand dafür verantwortlich. Oder – ein zusätzlicher Schritt in die Theologie – der gütige Gott hilft dir gerade auf hoher See, weil du es dort besonders brauchst.

[2] Die Frage hat etwa Bedeutung, soweit die Zulässigkeit eines Globalbudgets in der Krankenversicherung geklärt werden muss.

Vorzeitige Referenten

Diese verfassungsrechtliche Vorgabe schränkt eine grundlegende Umgestaltung der einzelnen Sozialversicherungszweige auf Gesetzesebene ein. Es bleibt dabei, dass das schweizerische Sozialversicherungssystem sich durch unterschiedliche Zweige charakterisiert und dass Unterschiede zwischen den einzelnen Zweigen gewollt sind. So hat die berufliche Vorsorge zwingend die Risiken Alter, Tod und Invalidität abzudecken.[3] Dies schliesst allerdings nicht aus, dass weitgehende Umgestaltungen zulässig sind; so legt beispielsweise Art. 117 Abs. 1 BV die Kompetenz des Bundes zur Regelung der Unfallversicherung fest, ohne aber auszuschliessen, dass die Unfallversicherung beispielsweise nur Sachleistungen vorsieht.

III. Beschränktheit des ATSG – der Horizont wird enger

Mit dem Erlass des ATSG strebte die Gesetzgeberin an, das Sozialversicherungsrecht des Bundes zu koordinieren, indem das Gesetz Grundsätze, Begriffe und Institute des Sozialversicherungsrechts definiert, ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt und die Rechtspflege regelt sowie die Leistungen aufeinander abstimmt.[4] Beim Blick auf die letzten 20 Jahre – das ATSG ist am 1. Januar 2003 in Kraft getreten – zeigt sich, dass die weit gesteckten Ziele der Gesetzgebung nicht erreicht worden sind. Zwar bedeutet die Vereinheitlichung insbesondere des Verwaltungsverfahrens einen grossen Fortschritt. Indessen zeigt sich, dass die besonders umstrittenen Fragen – etwa die Abklärungspflicht, der Umgang mit Beweismitteln (v.a. Gutachten und Observation) und die Mitwirkungspflichten der Beteiligten – nach wie vor zu vielen Auseinandersetzungen Anlass geben. Die Gesetzgeberin hat denn auch zentrale Bestimmungen des ATSG neu gefasst.[5] Es kommt hinzu, dass wichtige Institute (etwa die jederzeitige Anpassung der Dauerleistungen nach Art. 17 ATSG oder die Wiedererwägungsmöglichkeit nach Art. 53 Abs. 2 ATSG in ihrer Bedeutung und Ausgestaltung umstritten geblieben sind.[6]

[3] Dazu Art. 113 Abs. 2 lit. a BV. Damit wäre beispielsweise – ohne Verfassungsänderung – ausgeschlossen, das Risiko Invalidität durch eine umfassend strukturierte Unfallversicherung abzudecken und den Vorsorgeeinrichtungen einzig die Deckung der Risiken Alter und Tod zuzuordnen.

[4] Dazu Art. 1 ATSG.

[5] Beispiele: Regelung der Observation (Art. 43*a* und Art. 43*b* ATSG) und der Gutachten (Art. 44 ATSG; in Kraft voraussichtlich ab 1. Januar 2022).

[6] So zeigt sich, dass eine Wiedererwägung nach sehr langer Zeit zuweilen wenig überzeugend wirkt, weil mit zunehmendem Zeitablauf das Gebot der Rechtssicherheit höheres Gewicht erhält. Bei der Anpassung von

Vorexemplar Referenten

Zu beachten ist ferner, dass bei späteren Gesetzesrevisionen zuweilen Abweichungen vom ATSG festgelegt wurden[7] oder den Kantonen abweichende Regelungen zugestanden wurden.[8]

Schliesslich bleibt es dabei, dass das ATSG wichtige Grundfragen nicht klärt. Dazu gehören z.B. die Konkretisierung des Grundsatzes der Zumutbarkeit,[9] die Regelung der Schadenminderung[10] oder allgemeine Beweisgrundsätze.

IV. Alte und neue Risiken – und der Umgang mit ihnen

Sozialversicherung will diejenigen Risiken abdecken, welche breite Kreise der Erwerbstätigen und der Bevölkerung treffen können und welche eine Einschränkung in der Möglichkeit bewirken, den Lebensunterhalt decken zu können. Neben die zentralen Risiken von Alter, Tod und Invalidität sind weitere Risiken – Arbeitslosigkeit, familienbedingte Mehrkosten, Mutter- und Vaterschaft etc. – getreten, wobei im heutigen Zeitpunkt ein umfassendes Bild von erfassten Risiken besteht.

Freilich zeigt sich im Zeitablauf, dass die Gesetzgebung zuweilen nur langsam auf neu hinzutretende oder neu als relevant betrachtete Risiken reagiert. Im heutigen Zeitpunkt zeigen sich in verschiedener Hinsicht Bereiche, in denen das bisherige Sozialversicherungskonzept überprüft werden sollte:

- Selbständigerwerbende mit tiefen Einkommen sind im Sozialversicherungssystem schlecht abgedeckt; es ist zu prüfen, ob die bisherige starke Betonung der Unselbständigerwerbenden nach wie vor zutreffend ist (Arbeitslosenversicherung, berufliche Vorsorge, Unfallversicherung)
- Absicherung von Unselbständigerwerbenden mit hohem Einkommen in der beruflichen Vorsorge; in der beruflichen Vorsorge ist das Einkommen bis zum

Dauerleistungen wäre eine Effektivitätskontrolle mit dem Ziel durchzuführen, ob die Befürchtung der leistungsbeziehenden Person, die Dauerleistung ganz oder teilweise wieder zu verlieren, die Gesundung nicht verhindert; immerhin sah das frühere KUVG bei Rentenleistungen eine letztmalige Anpassungsmöglichkeit nach einem Rentenbezug während neun Jahren vor.

7 Hier fällt insbesondere die 5. IV-Revision ins Gewicht; vgl. z.B. Art. 6*a*, Art. 7*a* und Art. 7*b* IVG. Zu dieser Kategorie von Änderungen gehört auch die Regelung von Art. 61 lit. f^{bis} ATSG, wonach die Kostenpflicht durch das Einzelgesetz geordnet wird.

8 Beispiel: Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (bezogen auf Unterstellungs- und Beitragsstreitigkeiten).

9 Eine Definition findet sich z.B. in Art. 7*a* IVG und damit auf der Ebene des Einzelgesetzes.

10 Art. 21 Abs. 4 ATSG regelt nur einen Teilbereich der Schadenminderung und ist insoweit unvollständig.

Vorexemplar Referenten

Betrag von jährlich CHF 860'400 versicherbar.[11] Offensichtlich ist hier der Bezug zu einer sozialversicherungsrechtlich begründeten Absicherung nicht mehr gegeben.

– In der Krankenversicherung ist eine Vergütungspflicht der Krankenversicherungen für wirksame, zweckmässige und wirtschaftliche Leistungen vorgesehen.[12] Zwar ist das Risiko Krankheit ein selbstverständliches soziales Risiko. Indessen geht es hier um die Frage, welche Leistungen beim Eintritt dieses sozialen Risikos zu gewähren sind. Die Behandlungen werden – insbesondere im Bereich der Medikamente – zunehmend individualisiert (Entwicklung personalisierter Arzneimittel). Es geht hier um die Frage, ob die Prüfung der genannten sogenannten WZW-Kriterien nach wie vor ein geeignetes Instrument zur Bekämpfung der Kostenentwicklung in der Krankenversicherung darstellt. Dabei müssen allfällige relevante Vergleichsgrössen bestimmt werden und es geht um die Vermeidung von falschen Anreizen sowie um die besonders schwierige Frage der Begrenzung der Kostenvergütungspflicht.

– Oft diskutiert (indessen im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgenommen) wird die Frage, ob die Sozialversicherungsgesetzgebung zu Recht die Abgrenzung von Krankheit und Unfall so stark betonen soll, wie es im geltenden Recht der Fall ist. Bei beiden Ursachen der gesundheitlichen Beeinträchtigung sind die Folgen – Notwendigkeit der Heilbehandlung, Eintritt von Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit sowie des Todes – dieselben, weshalb nicht ohne weiteres einleuchtet, weshalb die eine Ursache anders als die andere behandelt werden soll.

V. Finanzierung – ein vielfältiges Quellensystem

A. Ausgangspunkt: Vorliegen einer Versicherung

Das schweizerische System der Sozialversicherungen ist vielfältig aufgebaut. Dabei ist kennzeichnend, dass die Bundesverfassung in weiten Bereichen vorgibt, dass ein Versicherungssystem besteht. Als Beispiel kann die Krankenversicherung genannt werden; Art. 117 BV bezieht sich sowohl in seinem Randtitel als auch in der Bestimmung selbst auf die «die Kranken- und die Unfallversicherung». Davon

[11] Dazu Art. 79*c* BVG.
[12] Dazu Art. 32 KVG.

Vorexemplar Referenten

hebt sich beispielsweise Art. 117*a* BV ab; hier ist die Rede von «Grundversorgung». Offensichtlich liegen damit auf Verfassungsebene unterschiedliche Begriffe vor. Welche Tragweite die sprachliche Abgrenzung hat, ist nachfolgend näher zu prüfen.

Die Analyse der verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu den einzelnen Sozialversicherungen zeigt unschwer, dass zuweilen auch von «Vorsorge» gesprochen wird, wenn eine «Versicherung» gemeint ist. Kennzeichnend dafür ist die berufliche «Vorsorge», bei welcher sich aus Art. 113 Abs. 2 und Abs. 3 BV klar ergibt, dass es sich um eine «Versicherung» handelt.[13] Zugleich zeigt die Durchsicht, dass nicht bezogen auf alle Sozialversicherungszweige der Begriff einer «Versicherung» verwendet wird.[14] Insgesamt ist indessen kennzeichnend für das schweizerische Sozialversicherungssystem, dass die Einrichtung einer Versicherung weit im Vordergrund steht.

Eine «Versicherung» liegt vor, wenn

- gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden,
- das übernommene Risiko auf eine Vielzahl von durch das gleiche Ereignis bedrohten Personen verteilt wird und
- der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der grossen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt.[15]

Bei der Versicherung ist kennzeichnend, dass die Finanzierung über Prämien erfolgt, welche von den Versicherten erbracht werden. Trotz prinzipieller Kennzeichnung als «Versicherung» ist aber das schweizerische Sozialversicherungssystem nicht so ausgestaltet. Wenn die verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu den einzelnen Sozialversicherungszweigen analysiert werden, wird unschwer erkennbar, dass bezogen auf die Finanzierung verschiedene Grundsätze zu finden sind. Dies betrifft insbesondere die 1. und die 2. Säule des Dreisäulenprinzips. Bezogen auf die AHV/IV wird in Art. 112 Abs. 3 BV ausdrücklich festgehalten,

Vorexemplar Referenten

13 In Art. 113 Abs. 2 BV wird an verschiedenen Orten von «versichern» gesprochen; Art. 113 Abs. 3 BV bezieht sich auf die «Versicherten».

14 So fehlt der Begriff «Versicherung» bei den Ergänzungsleistungen (vgl. Art. 112*a* BV); ebenfalls nicht von «Versicherung» ist die Rede bei den Familienzulagen (vgl. Art. 116 Abs. 2 BV).

15 So die Umschreibung bei ROLAND SCHAER, Modernes Versicherungsrecht – Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Bern 2007, 85.

dass zu den Beiträgen der Versicherten «Leistungen des Bundes» hinzutreten, wobei diese höchsten die Hälfte der Ausgaben betragen dürfen.[16] Für die berufliche Vorsorge hält Art. 113 Abs. 3 BV fest, dass dieser Sozialversicherungszweig «durch die Beiträge der Versicherten finanziert» wird; dabei haben Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Beiträge der Arbeitnehmenden zu bezahlen. Daraus wird erkennbar, dass in der beruflichen Vorsorge keine Leistungen des Bundes vorgesehen werden können. Analoges gilt grundsätzlich für die Arbeitslosenversicherung, welche nach Art. 114 Abs. 3 BV durch die Beiträge der Versicherten finanziert wird. Nur «bei ausserordentlichen Verhältnissen» erbringen Bund und Kantone in diesem Sozialversicherungszweig finanzielle Leistungen. Was letztlich die Familienzulagensysteme und die Mutterschaftsversicherung betrifft, legt Art. 116 Abs. 4 BV fest, dass Leistungen des Bundes und der Kantone vorgesehen sind bzw. vorgesehen werden können.

Offensichtlich werden die verschiedenen Sozialversicherungszweige in wesentlichen Teilen durch andere Quellen als durch Beiträge der natürlichen Personen finanziert. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nicht nur die Versicherten den jeweiligen Sozialversicherungszweig tragen sollen. Es muss bei dieser Ausgangslage geklärt werden, von welchen Überlegungen sich der Gesetzgeber leiten lässt, wenn er weitere Finanzierungsquellen heranzieht, und wie er die allfälligen weiteren Finanzierungsquellen bestimmt. Dabei kommt der Frage, ob auch Steuererträge herangezogen werden, besondere Bedeutung zu. Die Einnahmen der Sozialversicherung liegen dabei – insgesamt – in einem vergleichbaren Rahmen wie die Steuereinnahmen von Bund, Kantonen und Gemeinden.

Die Finanzierungen, welche gestützt auf sozialversicherungsrechtliche Normen eingesetzt werden, erfolgen im Übrigen keineswegs voraussetzungslos, sondern werden regelmässig in direkter Abhängigkeit von den je zu erbringenden Leistungen festgesetzt. Kennzeichnend ist insoweit etwa, dass Steuererträge in der Höhe eines bestimmten Prozentanteils der Gesamtausgaben beigezogen werden.[17] Darin liegt ein grundsätzlicher Unterschied zur Steuer, welche typischerweise voraussetzungslos geschuldet ist.

Vorexemplar Referenten

16 Zu letzterer Einschränkung vgl. Art. 112 Abs. 4 BV; wie die Leistungen des Bundes erbracht werden, wird durch Art. 112 Abs. 5 BV geregelt.

17 Vgl. diesbezüglich etwa die Umschreibung der Höhe der Bundesanteile in der AHV (Art. 103 Abs. 1 AHVG) bzw. in der IV (Art. 78 Abs. 1 IVG) oder der Höhe der kantonalen Anteile für die Finanzierung der stationären Krankheitsbehandlung (Art. 49*a* Abs. 2 KVG).

B. Einbezug unterschiedlicher Quellen zur Finanzierung der Sozialversicherungen

Zwischen der Unterstellung unter einen Sozialversicherungszweig und dessen Finanzierung bestehen direkte Zusammenhänge. Generell geht das Sozialversicherungsrecht davon aus, dass die unterstellten Personen an der Finanzierung beteiligt sind (und beim Risikoeintritt Leistungsansprüche erheben können). Die Durchsicht der Finanzierungsvorschriften der einzelnen Sozialversicherungszweige zeigt bezogen auf den allfälligen Beizug weiterer Finanzierungsquellen eine grosse Vielfalt. Dies kann so weit gehen, dass untypischerweise ein Sozialversicherungszweig massgebend bzw. vollständig durch Steuererträge finanziert ist (Ergänzungsleistungen, Militärversicherung).

Die Mitfinanzierung durch Steuererträge ist in denjenigen Sozialversicherungszweigen vorgesehen, welche einen weiten Kreis von versicherten Personen aufweisen. Demgegenüber fehlt es in denjenigen Sozialversicherungszweigen, welche nur Unselbständigerwerbende versichern (berufliche Vorsorge, Unfallversicherung, Arbeitslosenversicherung), weitestgehend am Beizug von Steuererträgen.

Kennzeichnend ist in einem weiteren Punkt die Erschliessung von Steuerquellen zur Finanzierung von Sozialversicherungen, wenn vorübergehende besondere Sachlagen (Überalterung der Bevölkerung, stark zunehmende Invalidität) auftreten. Allerdings betrifft dies jeweils nicht alle von den entsprechenden Entwicklungen betroffenen Sozialversicherungszweige; insbesondere fehlt es in der beruflichen Vorsorge an einer solchen Mitfinanzierung.

Bezogen auf die Ordnung von Unterstellung und Finanzierung ist erforderlich, eine Gesamtsicht über alle Sozialversicherungszweige vorzunehmen. Bei dieser Sichtung sind nicht nur die Beiträge der versicherten Person und der Arbeitgebenden einzubeziehen; es müssen auch die allfälligen weiteren Finanzierungsquellen berücksichtigt werden. Zudem muss geklärt werden, in welchem gegenseitigen Verhältnis die verschiedenen Finanzierungsquellen stehen; es geht hier um die Frage, wie die jeweiligen Finanzierungsanteile festgelegt werden, und um die Frage, von welcher Finanzierungsquelle ein allenfalls auftretender zusätzlicher Finanzierungsbedarf zu tragen ist bzw. welche Finanzierungsquelle bei sinkenden Ausgaben nur noch beschränkt beigezogen wird.[18]

[18] Vgl. dazu ausführlich UELI KIESER, Sozialversicherungsrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht, ZSR 2014 II, 421-490.

Vorexemplar Referenten

C. Vertiefter Blick auf die Krankenversicherung

Bei der Regelung der Finanzierung ist eine Gesamtsicht notwendig. Daran fehlt es im Sozialversicherungsrecht immer wieder. Dies kann gerade am Beispiel der Krankenversicherung erläutert werden.

Das Krankenversicherungssystem ist nach Art. 117 BV als Versicherungssystem auszugestalten. Wenn die Kosten in der Krankenversicherung übermässig ansteigen, stellt sich die Frage, wie damit umgegangen werden kann. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann im Krankenversicherungssystem eine Kostensteuerung über verschiedene Wege erfolgen:

- Neue Umschreibung des versicherten Risikos: Es kann in Aussicht genommen werden, die Risiken Krankheit, Unfall und Mutterschaft anders zu umschreiben. Dies setzt eine Änderung von Art. 3 bis Art. 5 ATSG voraus.
- Neue Umschreibung der beanspruchbaren Leistungen: Welche Leistungen beim Risikoeintritt beansprucht werden können, beurteilt sich im Versicherungssystem nach einem zuvor festgelegten System. Es steht der Gesetzgeberin frei, die Leistungsansprüche enger zu fassen. Dies hat das Parlament beispielsweise in der IV getan, als die früher beanspruchbaren Zusatzrenten für Ehepartnerin/Ehepartner aufgehoben wurden. Insoweit kann eine Kostensteuerung erreicht werden, indem der Leistungsumfang enger als bisher gefasst wird.
- Ausschöpfen von Effizienzgewinnen, Synergien etc.: Bereits im geltenden Krankenversicherungsrecht muss der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung beachtet werden. Dieser Grundsatz schliesst in sich, die Vergütung von Kosten zu verändern, um eine möglichst wirtschaftliche Behandlung zu erreichen. Allerdings kann die Vergütung nicht – unter Verletzung von betriebswirtschaftlichen Grundsätzen – so festgelegt werden, dass die Vergütung auch unter Berücksichtigung einer umfassenden Kostendämpfung festgesetzt wird.

Es wird durch das Parlament zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls welche dieser Massnahmen im Krankenversicherungsrecht umgesetzt werden sollen. Notwendig ist dabei eine Ausrichtung auf Einzelleistungskosten statt auf Gesamtkosten. Eine Kostensteuerung – soweit sie im Rahmen eines Versicherungssystems zulässig ist – muss bei der Steuerung der Kosten der einzelnen Leistung ansetzen. Denn auch der Tarif ist einzelleistungsbezogen und ordnet der einzelnen Leistung eine bestimmte Entschädigung zu. Dabei muss die entsprechende Entschädigung nach betriebswirtschaftlichen Überlegungen festgelegt werden. Soweit Ineffizienzen auftreten, ist dies bezogen auf die einzelne Leistung zu korrigieren. Insoweit ist

Vorexemplar Referenten

der zutreffende Ansatzpunkt für eine Kostensteuerung die Vergütung der einzelnen Leistung und nicht eine Gesamtentschädigung.

Daneben steht die Möglichkeit offen, die Finanzierungsquellen in der Krankenversicherung zu verändern. Dabei wird insbesondere der Weg zu prüfen sein, in weitergehendem Ausmass Steuermittel einzusetzen. Dabei können Steuermittel in verschiedener Hinsicht zur Steuerung eingesetzt werden: Es ist möglich, die Leistungserbringung in weitergehendem Mass über Steuermittel zu vergüten[19], oder es können Steuermittel zusätzlich zur Finanzierung von Prämienverbilligungen verwendet werden.[20] Notwendig ist jedenfalls eine Gesamtsicht, welche insbesondere berücksichtigt, dass im System einer Volksversicherung der Solidarität besondere Bedeutung zukommt.

VI. Rechtsetzung – Struktur und Ziselierung

A. Zur Fragestellung

Bei einem Blick zurück und nach vorne ist im Sozialversicherungsrecht die Gesetzgebung zentral. Das Sozialversicherungsrecht gehört zum öffentlichen Recht, und es ist weitestgehend eine Durchnormierung des gesamten Rechtsbereichs vorgenommen worden. Einzig in der weitergehenden beruflichen Vorsorge kommt den reglementarischen Ordnungen eine (hier allerdings zentrale) Bedeutung zu.[21]

Nachstehend ist – insbesondere unter Nennung von Beispielen aus der Rechtsetzung – auf Aspekte einzugehen, welche bei der Würdigung der Rechtsetzung ins Gewicht fallen können.

B. Wahl der zutreffenden Normierungsstufe

Beim Blick auf die Rechtsetzung fällt im Sozialversicherungsrecht zunächst ins Gewicht, dass sich zuweilen wesentliche Regelungen auf tiefer Stufe der Normhierarchie finden:

– Regelung der Invalidität: Art. 6 bis Art. 8 sowie Art. 16 ATSG ordnen zwar zentrale Fragen. Es wird aber beispielsweise nicht durch das formelle Gesetz

19 Dazu – im geltenden Recht – Art. 49*a* KVG (Finanzierung der stationären Leistungen).
20 Dazu Art. 65 ff. KVG.
21 Dazu Art. 49 BVG.

Vorexemplar Referenten

geordnet, was Teil des Aufgabenbereichs ist,[22] obschon der entsprechenden Umschreibung eine sehr grosse Tragweite zukommt.

– Anpassung der Dauerleistungen: Inwieweit – insbesondere in zeitlicher Hinsicht – eine Anpassung der Dauerleistung erfolgen kann, stellt eine materiell wichtige Frage dar. Dennoch finden sich die entsprechenden Regelungen auf Verordnungsstufe.[23]

– Leistungskatalog der Krankenversicherung: Welche ärztlichen, chiropraktorischen und pharmazeutischen Leistungen von der Krankenversicherung vergütet werden, wird über weite Strecken durch das Departement in einer Departementsverordnung umschrieben.[24]

– Rücktrittsalter in der beruflichen Vorsorge: Welches das frühest mögliche Rücktrittsalter in der beruflichen Vorsorge ist, ist eine Frage, welche weite Kreise der Versicherten betrifft; dennoch findet sich die entsprechende Festlegung nicht im Gesetz, sondern auf Verordnungsstufe.[25]

C. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Beim Blick auf die Verfassungsebene fällt auf, dass die einen Sozialversicherungszweige recht detaillierte Vorgaben einzuhalten haben, während in anderen Bereichen nur sehr wenige Festlegungen zu finden sind:

– Detailliert sind die Festlegungen für AHV, IV, berufliche Vorsorge und Arbeitslosenversicherung.[26]

– Kaum inhaltliche Festlegungen – ausser der Nennung des Prinzips, dass eine Versicherung einzurichten ist – enthält die Bundesverfassung für die Militärversicherung sowie die Kranken- und die Unfallversicherung.[27]

Vorexemplar Referenten

22 Dazu Art. 27 IVV.
23 Vgl. z.B. Art. 88*a* und Art. 88bis IVV.
24 Dazu Anhang 1 der KLV.
25 Dazu Art. 1*i* BVV 2.
26 Dazu Art. 112, Art. 113 und Art. 114 BV.
27 Dazu Art. 59 Abs. 5, Art. 117 BV.

D. Effektivität der Normierung

Der Blick in die Gesetzgebung zeigt, dass im Sozialversicherungsrecht gelegentlich Regelungen zu finden sind, von welchen die Gesetzgeberin sich eine effektive Wirkung erhofft hatte, welche indessen nicht eingetreten ist:

- Vorleistungspflicht der Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 22 Abs. 4 sowie Art. 26 Abs. 4 BVG
- Möglichkeit der vergleichsweisen Erledigung von leistungsrechtlichen Fragen nach Art. 50 ATSG
- Überentschädigungsgrenze nach Art. 69 Abs. 2 ATSG
- Erlass von Feststellungsverfügungen nach Art. 49 Abs. 2 ATSG
- Abfindung nach Art. 23 UVG

Ferner ist auf Beispiele von zu detailliert festgelegten Regelungen hinzuweisen, welche in der Rechtsanwendung Zufälligkeiten mit sich bringen:

- Anspruch der Witwe und des Witwers auf Hinterlassenenleistungen in der Unfallversicherung[28]
- Umschreibung des Ausbildungsbegriffs unter Beizug einer festen Frankengrenze beim Einkommen[29]
- (in einzelnen Fällen) Bestimmung des versicherten Verdiensts in der Unfallversicherung[30]
- Kürzungen und Verweigerungen bei Geldleistungen, welche als Dauerleistung zu erbringen sind[31]

Vorexemplar Referenten

28 Dazu Art. 29 Abs. 3 UVG.

29 Art. 49bis Abs. 3 AHVV.

30 Dazu v.a. Art. 22 Abs. 4 UVV. Zu denken ist an langjährig versicherte Personen, bei denen sich im Jahr vor dem rentenbegründenden Unfallereignis bezogen auf den Lohn eine sonst nicht eingetretene Besonderheit ergeben hat.

31 Hier kann sich aus einem einmaligen, momentanen Fehlverhalten eine geldmässige Auswirkung ergeben, welche zuweilen nicht mehr in einem schlüssigen Verhältnis zum Fehlverhalten steht. Dazu etwa die (strenge) Kürzungsregelung von Art. 49 Abs. 2 lit. a UVV.

E. Einsatz von ständigen Kommissionen

Wird die sozialversicherungsrechtliche Rechtsetzung der letzten Jahre überblickt, zeigt sich, dass in verschiedenen Sozialversicherungszweigen neue Kommissionen eingeführt wurden, welche ein grosses Gewicht erhalten. So ist z.B. in der Krankenversicherung die Einführung einer Qualitätskommission festgelegt worden.[32]

Eine andere Kommission mit weit reichenden Befugnissen wird in Art. 44 ATSG[33] für den Gutachtensbereich vorgesehen. Schliesslich soll in der Krankenversicherung eine «Organisation für Tarifstrukturen für ambulante Behandlungen» geschaffen werden.[34]

Damit hat sich der Gesetzgeber in diesem anspruchsvollen Bereich der Rechtsanwendung und Wahrnehmung der Aufsichtspflicht entschieden, in zunehmendem Masse auf Kommissionen ausserhalb der Verwaltung und der Versicherung abzustellen.

F. Ergebnis

Dieser Überblick zeigt, dass im Sozialversicherungsrecht die Anforderungen an eine schlüssige, kohärente Gesetzgebung hoch sind und dass die Gesetzgeberin die entsprechenden Erwartungen in der Vergangenheit nicht durchwegs erfüllt hat. Wünschbar wäre mit Blick auf die weitere Gestaltung der Rechtsetzung, dass von einem übergeordneten Plan ausgegangen würde, welcher im Rahmen der Rechtsetzung die Normierung von insgesamt eingebetteten Regelungen fördern würde.

VII. Rechtsprechung – vom Einschlagen von Pflöcken und vom Bewässern

Der Verfasser der vorliegenden Zeilen hat in den letzten 20 Jahren zahlreiche Beiträge zu den «Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht» verfasst[35] und hat die

Vorexemplar Referenten

32 Die entsprechenden Änderungen des KVG werden voraussichtlich auf den 1. April 2021 in Kraft gesetzt.
33 In der geänderten Fassung vom 19. Juni 2020 (Geschäft 17.022).
34 Massnahmen zur Kostendämpfung – Paket 1; Entwurf Art. 47a KVG.
35 Hinweisen ist – neben den kontinuierlichen Beiträgen für die SJZ und das «plädoyer» – insbesondere auf die monatlichen Übersichten bei judocu (www.judocu.ch).

sozialrechtliche Rechtsprechung eng (und interessiert) verfolgt.[36] Dies geschah aus einer bestimmten Einsicht heraus: Sozialversicherungsrecht ist in weitem Masse geprägt durch die Rechtsprechung. Beim Blick auf die letzten 20 Jahre sozialversicherungsrechtlicher Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte lassen sich – freilich nur wenig bestimmt und zuweilen schemenhaft – gewisse Entwicklungen und Veränderungen darstellen. Freilich ist der so gewonnene Eindruck durchaus subjektiv, und es lassen sich auch andere Einschätzungen vertreten.

Rechtsprechung wird durchaus geprägt von Personen mit ihrer je eigenen Persönlichkeit. Rechtsprechung ist nicht blosse Subsumption, sondern Würdigung, Engagement und Gestaltungswille. Einzelne kantonale Gerichte – besonders deutlich beispielsweise das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen – fallen durch prägnante, zuweilen prägende Urteile auf. Wer im Sozialversicherungsrecht häufig prozessiert, wird durchaus wissen, welche Kammern und Abteilungen der kantonalen Versicherungsgerichte überzeugende, schlüssige Urteile fällen. Besonders prägend ist die Persönlichkeit der Richterin und des Richters beim Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten.[37]

Bei den beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts ist – wie bei anderen Gerichten – die Richterperson prägend. Es gehört zum Handwerk einer prägenden Richterpersönlichkeit, innerhalb des Richterkollegiums Mehrheiten zimmern zu können. Dabei sind selbstverständlich manche (für Aussenstehende nicht immer eruierbare) Gesetzmässigkeiten zu beachten.[38] Ein gewisses Gewicht hat auch die Zusammensetzung des entscheidenden Kollegiums, wobei hier natürlich ins Gewicht fällt, dass die beiden sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts fest zusammengesetzt sind und damit die Wahrscheinlichkeit besteht, dass regelmässig in einigermassen gefügten Mehrheiten entschieden wird.[39] Nicht immer führen der Eintritt oder das Ausscheiden einer Richterperson zu einer rasch

36 Dazu die für die Zeitschrift SVR redigierten Urteile.

37 Vgl. z.B. Art. 89 KVG oder Art. 57 UVG. Dass neben der neutralen vorsitzenden Person je eine Vertretung der Parteien mitwirkt, betont das Gewicht des Vorsitzes; oft kommen damit schiedsgerichtliche Urteile einer einzelrichterlichen Entscheidung gleich. Die zunehmende Spezialisierung und Fachkunde der Mitglieder der Versicherungsgerichte legt nahe, auf die bisherigen Schiedsgerichte zu verzichten und an deren Stelle die Versicherungsgerichte (welche regelmässig als Kollegialgerichte amten) einzusetzen.

38 So gilt etwa eine allgemeine Faustregel, dass im Sozialversicherungsrecht eine amtlich veröffentlichte Entscheidung während etwa zehn Jahren nicht mehr – ohne besondere Notwendigkeit – überprüft wird.

39 Eine Besonderheit hat sich in jüngster Zeit ergeben, weil die II. sozialrechtliche Abteilung nur über vier Richterinnen und Richter verfügt, weshalb ab 2021 jeweils – alternierend – ein Mitglied der I. sozialrechtlichen Abteilung mitzuwirken hat.

Vorexemplar Referenten

wahrnehmbaren Änderung der Rechtsprechung, doch lassen sich gewisse Entwicklungen über längere Zeiträume hinweg erkennen.

Was beim Blick auf die letzten zwanzig Jahre der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung durchaus auffällt, dass bei einigen wenigen Fragen eine kontinuierliche prägende Entwicklung der Rechtsprechung beobachtet werden kann. Dabei geht es um einzelne verfahrensrechtliche Fragestellungen, insbesondere um Gutachten;[40] dies hängt damit zusammen, dass die gesetzliche Grundlage in Art. 44 ATSG ungenügend ist und damit die Rechtsprechung zwingend grundsätzliche Fragen zu klären hatte.[41] Daneben hat die Rechtsprechung im Bereich der Bestimmung der Invalidität und des Invaliditätsgrads wichtigste Entwicklungen festgelegt; dabei geht es zum einen um den Begriff der Invalidität[42] und zum anderen um das Vorgehen zur Bestimmung der massgebenden Invaliditätsbestimmungsmethode[43].

Die Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht prägt deshalb die Durchführung stark. Indessen hat sich in den letzten Jahren der Fokus leicht verschoben, indem Aufsichtsbehörden und Durchführungsträgerinnen stärkere Initiativen entwickelt haben. Dies zeigt sich etwa am Gewicht der Weisungen und Kreisschreiben des Bundesamts für Sozialversicherungen (BSV), ohne deren Kenntnis die fundierte Durchführung der einzelnen Sozialversicherungen ausgeschlossen ist. Die Bundesverwaltung stösst manche Forschungsvorhaben an.[44] In der Krankenversicherung werden Freiräume zunehmend ausgelotet, ohne dass darüber Gerichtsverfahren durchgeführt werden. Die überobligatorische berufliche Vorsorge ist prädestiniert für eigenständige Regelungen, die oft gerichtlich nicht strittig gemacht werden.

Beim Blick zurück lassen sich somit einige zentrale Pflöcke erkennen, welche das Bundesgericht eingeschlagen hat.

40 Dazu den prägenden Entscheid BGE 137 V 210.

41 Diese Mangelhaftigkeit der Rechtsetzung führte denn auch dazu, dass Art. 44 ATSG grundlegend revidiert wurde; die neue gesetzliche Bestimmung, welche die Gutachten umfassend ordnet, wird am 1. Januar 2022 in Kraft treten.

42 Hier ist die über die letzten 20 Jahre laufende Entwicklung mit BGE 141 V 281 vorderhand abgeschlossen worden. Die nachfolgenden grundsätzlichen Entscheide stellten die Klärung gemäss BGE 141 V 281 nicht in Frage.

43 Nach wie vor – und unter Ausserachtlassung des Wortlauts von Art. 8 Abs. 3 ATSG – stellt das Bundesgericht auf die Beantwortung der hypothetischen Frage ab, was die versicherte Person aus eigenem Willen heraus tun würde, wenn sie nicht gesundheitlich beeinträchtigt wäre; zur Kritik an der Rechtsprechung vgl. ATSG-Komm-KIESER, Art. 8 Rz. 31 ff.

44 Einen sehr guten Überblick vermittelt die Zeitschrift des BSV CHSS <www.soziale-sicherheit-chss.ch>, zuletzt besucht am 12.02.2021.

Vorexemplar Referenten

Daneben – und in jüngerer Zeit allenfalls etwas mehr im Vordergrund – geht es darum, die mit den Pflöcken gehaltenen oder auch ohne Pflöcke gediehenen Pflanzen sorgfältig und kontinuierlich zu giessen, um deren Bestand zu sichern.

VIII. Wichtige Entscheide des Bundesgerichts – oder: Wo ist die Rechtsprechung konstant geblieben?

Beim Blick zurück auf die letzten 20 Jahre der sozialrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts prägt die Komponente der subjektiven Einordnung besonders stark. Die nachfolgende Zusammenstellung nennt Bereiche, in denen das Bundesgericht die Entwicklung der Rechtsanwendung besonders stark geprägt hat.

- Risiko Invalidität: In quantitativer Hinsicht entscheidet das Bundesgericht weitaus am häufigsten Streitigkeiten im Bereich der Invalidität, wobei Auseinandersetzungen über IV-Leistungen im Vordergrund stehen. Das Bundesgericht hat hier wichtigste Weichenstellungen vorgenommen und dabei auch stark auf die nachfolgende Gesetzgebung eingewirkt. Grundsatzentscheide hat das Bundesgericht insbesondere zum Begriff der Invalidität gefällt; es hat in einem rund 20 Jahre dauernden Ablauf insbesondere geklärt, wie die Sozialversicherungen mit schwierig einzuordnenden gesundheitlichen Einschränkungen umgehen müssen. Weder die Gesetzgebung noch die beaufsichtigende Bundesverwaltung haben hier fassbare Leitlinien für die Rechtsanwendung gegeben. Die im Wesentlichen mit dem Entscheid BGE 141 V 281 abgeschlossene Entscheidsuche hat den Fokus auf die hinreichende Abklärung gelegt und dabei festgelegt, dass bei medizinisch schwierig fassbaren Beschwerdebildern Drittumstände einbezogen werden müssen, damit eine Plausibilisierung der Resultate möglich wird. Mit diesem strukturierten Beweisverfahren ist das Schwergewicht auf einen verfahrensrechtlichen Aspekt gelegt worden.
- Medizin und Recht: Oft hat sich auch das Bundesgericht mit der Abgrenzung zwischen der Aufgabe der Medizin und derjenigen des Rechts befasst. Zuweilen entstand der Eindruck, dass das Bundesgericht nach nicht ohne weiteres erkennbaren Kriterien eine medizinische Einschätzung übernahm oder verwarf. Dem Bundesgericht wurde auch vorgehalten, sich stark in medizinische Fragen zu vertiefen und hier abweichende Festlegungen ohne schlüssige Begründung vorzunehmen. In jüngerer Zeit scheint das Bundesgericht eher einer Abgrenzung der beidseitigen Aufgaben zuzuneigen; das Bundesgericht hat seine bisherige Rechtsprechung zur Massgeblichkeit von ärztlichen Einschätzungen damit (wohl) abgeschlossen und hält in einem Grundsatzurteil fest,

Vorexemplar Referenten

dass bei einer normorientiert erfolgten medizinischen Schätzung nur aus triftigen Gründen davon abzuweichen ist.[45]

– Berufliche Vorsorge: Zuweilen etwas tastend mag die Rechtsprechung im Bereich der beruflichen Vorsorge erscheinen. Dies gilt indessen nicht für die im Vordergrund stehenden Klärungen der Frage, ob die Vorsorgeeinrichtung den Invaliditätsentscheid der IV-Stelle zu übernehmen hat oder nicht;[46] hier besteht eine gefestigte Rechtsprechung, welche für die Rechtsanwendung von grosser Bedeutung ist. Dies hängt allenfalls damit zusammen, dass dem Bundesgericht nach wie vor recht wenige Auseinandersetzungen aus diesem Rechtsbereich unterbreitet werden.

  Besonders zentral in grundsätzlicher Hinsicht ist die Rechtsprechung zur Frage, wie das (allfällige) Zusammenspiel zwischen obligatorischer beruflicher Vorsorge und weitergehender beruflicher Vorsorge ist; hier festigt sich der Eindruck, dass das Bundesgericht jedenfalls im Leistungsbereich das Anrechnungsprinzip umsetzt. Dieses Prinzip bedeutet, dass Leistungen der obligatorischen und der weitergehenden beruflichen Vorsorge so zusammengefügt werden, dass die obligatorischen Leistungen an die weitergehenden Leistungen «angerechnet» werden. BGE 136 V 65 ist besonders illustrativ: Das Bundesgericht bezeichnet eine reglementarische Regelung, wonach bei nachträglicher Erhöhung des Invaliditätsgrads eine entsprechende Rentenerhöhung an den Status des «Versichertenseins» gebunden ist, als zulässig, falls wenigstens die reglementarisch bestimmte Invalidenrente mindestens der BVG-Rente entspricht.

In anderen Bereichen blieb die Rechtsprechung des Bundesgerichts konstant. Als Beispiele dafür können die folgenden Bereiche genannt werden:

– Unfallereignis: Das in Art. 4 ATSG umschriebene Unfallereignis ist durch das Bundesgericht in vielen Urteilen beurteilt worden. Die Rechtsprechung ist gefestigt, und es ist nicht zu erwarten, dass die in einigen Jahrzehnten geprägte Rechtsprechung grundlegend geändert wird. Relativ streng ist das Bundegericht bei der Handhabung der Unfallkriterien, wenn ein sogenanntes Schreckereignis einzuordnen ist. Es braucht dazu ein unmittelbares Erleben des betreffenden Vorgangs.[47]

Vorexemplar Referenten

45 BGE 145 V 361.

46 Etwa zwei Drittel aller Streitigkeiten aus der beruflichen Vorsorge betreffen die Anwendung von Art. 23 BVG; damit wird eine Bindungswirkung für die Vorsorgeeinrichtung festgelegt.

47 Urteil des BGer 8C_609/2018 vom 5. Dezember 2018.

– Natürliche und adäquate Kausalität: Oft hat das Bundesgericht auch Kausalitätsfragen zu klären, wobei es sowohl um den natürlichen wie auch um den adäquaten Kausalzusammenhang geht. Bei der Klärung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist beispielsweise massgebend, ob eine bestimmte sich in den Akten befindliche ärztliche Stellungnahme überzeugender ist als eine andere.[48] Bei der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist die Schwere des erlittenen Unfalls massgebend.[49] Mit der Adäquanzprüfung verfolgt das Bundesgericht das Ziel einer Haftungsbegrenzung.[50] Anwendungsbeispiel für eine Prüfung sowohl des natürlichen wie auch des adäquaten Kausalzusammenhangs bildet die gesundheitliche Beeinträchtigung, welche zeitlich nach einem Zeckenbiss auftrat,[51] oder – besonders häufig umstritten – nach einem Schreckereignis.[52]

  Die Adäquanzrechtsprechung im Unfallversicherungsrecht hat sich bezogen auf psychische Beeinträchtigungen entwickelt bis zur Festlegung von eigentlichen Leistungsvoraussetzungen, was sich mit der Zielsetzung der Adäquanzprüfung und der darin verankerten Einzelfallprüfung nicht mehr leicht verträgt. Es drängt sich allenfalls auf, dass in der Rechtsetzung eine Klärung der Bedeutung der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht geprüft wird.

IX. Blick zum weiten Horizont – braucht es ein Global Positioning System (GPS)?

A. Einordnung

Sozialversicherungsrecht ist ein weites Feld mit vielen Beteiligten. Es kommt hinzu, dass die Bedeutung dieses Rechtsbereichs immens ist; dies zeigt sich etwa daran, dass rund ein Viertel aller Rechtsmittel am Bundesgericht den Bereich des Sozialrechts betrifft.

48 Urteil des BGer 8C_93/2019 vom 23. August 2019 E. 4.2.
49 Urteil des BGer 8C_212/2019 vom 21. August 2019, bezogen auf die Frage, ob bei Familienangehörigen, welche im Fahrzeug sitzen, besonders eindrückliche Begleitumstände vorliegen (E. 4.3.3).
50 Urteil des BGer 8C_261/2019 vom 8. Juli 2019 E. 4.3.1.
51 Urteil des BGer 8C_835/2018 vom 23. April 2019.
52 Urteil des BGer 8C_571/2020 vom 22. Dezember 2020.

Vorexemplar Referenten

Es fragt sich, ob beim «Navigieren» im Sozialversicherungsrecht ein besonderes Leitsystem gefragt ist. Es geht dabei um die drei klassischen Funktionen der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung.

B. Die klassische Dreiteilung

Die Unterscheidung der Funktionen in der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung wird in der Bundesverfassung dahingehend vorgenommen, dass im 5. Titel – mit dem Randtitel «Bundesbehörden» – unterschieden wird zwischen Bundesversammlung (2. Kapitel), Bundesrat und Bundesbehörde (3. Kapitel) sowie Bundesgericht und anderen richterlichen Behörden (4. Kapitel). Die Bundesverfassung geht damit von drei Tätigkeiten aus, welche vom Staat ausgeübt werden. Die drei Funktionen, die damit verknüpft sind, prägen die klassische Gewaltenteilung. Dabei stellt die Rechtsetzung den Erlass von generell-abstrakten Normen – insbesondere im Rahmen der Gesetzgebung – dar. Die Rechtsanwendung stellt den Vollzug durch Regierung und Verwaltung dar. Die Rechtsprechung stellt die Rechtsanwendung im Rahmen des Entscheides über Streitigkeiten dar.

Diese Dreiteilung der Funktionen prägt auch das Sozialversicherungsrecht. In diesem Bereich stehen die hauptsächlichen Kompetenzen nach der Aufteilung der Zuständigkeiten dem Bund zu.[53] Die Rechtsetzung wird vom Bundesparlament übernommen, welches dabei die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu den Sozialversicherungsbereichen berücksichtigt. Die Rechtsanwendung wird von ganz unterschiedlich gestalteten Versicherungsträgern übernommen. Die Rechtsprechung wird in der 1. Instanz von den kantonalen Versicherungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht ausgeübt; in zweiter Instanz ist das Bundesgericht zuständig.

Wird zunächst ein Blick auf die Rechtsetzung geworfen, zeigt sich mit Blick auf die interessierende Frage, dass immer wieder wichtige Fragen im formellen Gesetz offen gelassen werden. Das formelle Gesetz enthält «Leerstellen», weil eine Einigung nicht möglich war. Art. 44 ATSG ist dafür ein Beispiel: Das Parlament konnte sich nicht über die Frage einigen, was zu geschehen hat, wenn eine Partei Einwendungen gegenüber der sachverständigen Person erhob; deshalb wurde das

[53] Vgl. Art. 111 bis Art. 117 BV.

Vorexemplar Referenten

weitere Vorgehen in Art. 44 ATSG nicht geordnet.[54] Ferner zeigt sich immer wieder ein kennzeichnender Zeitmangel in der Gesetzgebung; das Parlament verfügt oft über zu wenig Zeitraum, um sich vertieft mit den massgebenden Fragen zu beschäftigen. Hier bildet das Koordinationsrecht des ATSG ein Anschauungsbeispiel; das Parlament zog zunächst das Globalprinzip als Koordinationsinstrument vor und wechselte erst in einer späten Phase zum Kongruenzprinzip;[55] es fehlte in der Folge die Zeit, alle interessierenden Gesetzesbestimmungen dem neuen Grundentscheid anzupassen.[56]

Die Rechtsprechung ist typischerweise auf den Einzelfall ausgerichtet, was sich aber keineswegs immer so verhält. So liegen Entscheide vor, welche nach einer längeren Beobachtungsphase gefällt wurden; kennzeichnend dafür ist der Grundsatzentscheid zu den Vorgaben an eine Begutachtung.[57] Daneben lassen sich auch Phasen einer «rollenden Entscheidfindung» beobachten, bei welcher das Bundesgericht sich über eine längere Zeit hinweg an die letztlich massgebende Rechtsprechung «herangetastet» hat.[58] Gelegentlich zeigen sich Urteile, mit denen ein genereller Massstab gesetzt wird, aber zugleich vermerkt wird, der entsprechende Massstab gelte im konkreten Einzelfall gerade nicht.[59]

C. Funktion der Rechtsprechung im Besonderen

Es stellt sich damit insbesondere die Frage nach der Funktion der Rechtsprechung. Ein Blick auf die Urteile des Bundesgerichts zeigt Verschiedenes. So fällt auf, dass das Bundesgericht in wohl zunehmendem Mass das Urteil entkontextualisiert; der im Einzelfall gegebene Sachverhalt verliert an Bedeutung und das Gericht entscheidet grundsätzlich. Nicht immer wird dabei leicht einsehbar, nach welchen Grundsätzen das Gericht diese «entkontextualisierten» Entscheidung fällt. Es fehlt

54 Es oblag in der Folge der Rechtsprechung, wichtige Anwendungsfragen zu Art. 44 ATSG zu klären (vgl. z.B. BGE 137 V 210). Erst in einer späteren Phase entschloss sich das Parlament, Art. 44 ATSG umfassend zu gestalten; die entsprechend revidierte Fassung von Art. 44 ATSG tritt auf den 1. Januar 2022 in Kraft.

55 Dazu ATSG-Komm-KIESER, Art. 69 Rz. 22.

56 Kennzeichnend dafür Art. 68 ATSG (der auch nicht-kongruente Leistungen koordiniert) und Art. 69 Abs. 2 ATSG (der eine für das Globalprinzip typische Überentschädigungsgrenze einführt).

57 Dazu BGE 137 V 210, 224 E. 1.2.3: «Das Bundesgericht erhob bei den MEDAS Daten zur Zusammensetzung der Auftraggeberschaft, zu den attestierten Arbeitsunfähigkeiten und zur Qualitätssicherung.» Damit übernahm das Bundesgericht eine Funktion, welche üblicherweise im Rahmen der Rechtsetzung ausgeübt wird.

58 Kennzeichnend dafür die Rechtsprechung zur Adäquanz im Unfallversicherungsrecht; dazu ULRICH MEYER, Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, SJZ 1994, 81 ff., welcher die «rollende» Entscheidung bildhaft schildert.

59 Beispiel: BGE 141 V 234.

Vorexemplar Reformen

gelegentlich an einem Zwischenglied zwischen Norm und Einzelfall. Manchmal entwickelt allerdings das Bundesgericht solche «Massstäbe»; Beispiele dafür sind Beweiswürdigungsgrundsätze, wie sich etwa für Gutachten, hausärztliche Berichte oder Festlegungen von versicherungsinternen Ärztinnen und Ärzten gelten.[60] Freilich ist zuweilen wenig erkennbar, weshalb das Bundesgericht einen entsprechenden «Massstab» annimmt. Massstäbe sind Zwischenkonkretisierungen, die Entscheidungserwartungen stabilisieren, sie aber nicht garantieren. Es geht also darum, dass die Gerichtsinstanz in einem generell-individuellen Bereich eine «Zwischennorm» oder eben einen Massstab bildet. Die Gesetzgeberin kann dies nicht ändern, weil es sich nicht um einen generell-abstrakten Erlass handelt. Oft haben solche Massstäbe ein überaus hohes Gewicht; Beispiel dafür bildet die Festlegung des Beweisgrads der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht; diese «Zwischennorm» hat eine Bedeutung, welche höher liegt als sie mancher generell-abstrakter Norm zukommt.

Es kommt hinzu, dass solche Massstäbe oft wenig fortentwickelt werden. Es verhält sich ja eben so, dass der Sachverhalt für den Massstab nicht mehr bedeutsam ist und damit der «entkontextualisierte» Massstab apodiktisch festgelegt wird. Das Gericht bezieht sich bei solchen Fragen oft primär auf seine eigene Rechtsprechung und weniger auf den Sachverhalt. Gewiss muss allerdings die entscheidende Gerichtsinstanz dem «Massstab» mindestens mehrheitlich zugestimmt haben. Es geht auch bei der Rechtsprechung um eine Mehrheitsbeschaffung, was Kompromisse mit sich bringen kann. Hier gilt also für die Rechtsprechung dasselbe wie für die Rechtsetzung.

D. Zum Schluss

Damit ist zurückzukehren zur Dreiteilung der staatlichen Tätigkeit. Die Rechtsetzung lässt sich von ihrer Zuständigkeit her betrachtet klar abgrenzen von der Rechtsanwendung bzw. der judikativen Tätigkeit. Es zeigt sich aber, dass gerade bei verfahrensrechtlichen Fragen das Bundesgericht auch Grundsatzentscheide trifft[61] und zentrale Fragen ordnet.[62] Hier nähert sich die Rechtsprechung der Rechtsetzung an, ohne dass die Rechtsprechung freilich die Vorgehensweise der Rechtsetzung befolgt bzw. befolgen kann. So fehlt es regelmässig an Vernehmlas-

60 Vgl. dazu den Leitentscheid BGE 125 V 351, 352: «Richtlinien für die Beweiswürdigung».

61 Beispiel: BGE 137 V 210.

62 Beispiel: Festlegen des im Sozialversicherungsrecht massgebenden Beweisgrads der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Vorexemplar Referenten

sungsverfahren; die finanziellen Auswirkungen bilden keinen Entscheidungsgrund; eine formelle Effektivitätskontrolle findet nicht statt. Solche Grenzen der richterlichen Tätigkeit müssen allesamt im Auge behalten werden.[63]

Daneben wird das Sozialversicherungsrecht durch die Rechtsetzung gesteuert. Dabei fällt auf, dass im Sozialversicherungsrecht die verfassungsrechtliche Grundlage unausgewogen ist.[64] Es mag dies der Grund sein, dass die Rechtsetzung nicht durchwegs einheitlichen, schlüssigen Grundsätzen folgt. Es wäre jedenfalls wünschbar, dass ein «Grundkonzept» des Sozialversicherungsrechts bestehen würde, welches im Rahmen der Rechtsetzung einbezogen würde. Die Gesetzgeberin hat zwar mit dem Erlass des ATSG angestrebt, einen solchen Konzeptentwurf umzusetzen, doch ist die Tragweite dieses Gesetzes beschränkt geblieben.[65] Es braucht auch ein inhaltliches Gesamtkonzept, welches indessen im Sozialversicherungsrecht bislang fehlt.

Vorexemplar Referenten

63 Wenn der Bogen weit gespannt werden soll, kann darauf hingewiesen werden, wie im NZZ-Kreuzworträtsel vom 22. November 2019 der Begriff der «Legalität» umschrieben wurde: «Ungefähr so identisch mit der Richtigkeit wie die Justiz mit der Gerechtigkeit».

64 Dazu Abschnitt VI.C.

65 Dazu Abschnitt III.

Thomas Bittel*

Mauerblümchen im Rampenlicht: Zur veränderten Bedeutung des (extrasystemischen) Koordinationsrechts – Rückblick

Inhaltsverzeichnis

I. Rückblickende Anmerkungen 256

II. 1. Personenschadenforum 2002 257

A. Rentenschadenregress (der Suva) 259

B. Integrales Regressrecht für den Arbeitgeber 260

C. Pensionskassenregress 261

1. Kaskadenordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR 261
2. Integrales Regressrecht und Subrogation 262
3. Regressstellung VE und Koordination freiwilliger Leistungen 263

III. Zentrale Leitlinien 264

A. Kongruenzverständnis 264

1. Funktionen des Kongruenzgrundsatzes 264
2. Kongruenzdivergenzen 265
3. Rückkehr zur strikt sozialversicherungsrechtlichen Kongruenz 268
4. Sachliche Kongruenz in Versorgungsschadenfällen 270

B. Neue «Spielregeln» des Privatversicherungsregresses 274

1. Sachverhalt und bundesgerichtliche Erwägungen 275
2. Historischer Wille des (regressfeindlichen) Gesetzgebers 276
3. Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 2 OR 277
4. Auswirkungen auf das Verständnis von Art. 51 Abs. 2 OR 280
5. Regress des Haftpflichtversicherers (Regresstreppe) 280
6. Noch ungelöste Fragestellungen und Unklarheiten 281

IV. Einzelfragen 284

A. Solidarität (auch) für regressierende Sozialversicherungen 284

1. Sachverhalt 284
2. Erwägungen 285
3. Fazit 286

B. Bestand und Rechtmässigkeit von Rentenverfügungen 286

1. Sachverhalt 287
2. Erwägungen 287
3. Fazit 289

C. Kein fiktives Befriedigungsvorrecht 289

1. Sachverhalt 289
2. Erwägungen 290

* Fürsprecher, Bereich Regress BSV, Bern.

Vorexemplar der Referenten

3. Fazit 292
D. Regressprivilegien stören die Koordination 292
1. Sachverhalt 293
2. Erwägungen 295
3. Fazit 296
E. Überentschädigungsverbot bei Haftpflichtzahlung 297
1. Sachverhalt 297
2. Erwägungen 298
3. Fazit 300
V. Abschliessende Anmerkungen 300
Literaturverzeichnis 301

I. Rückblickende Anmerkungen

Die prozessuale Durchsetzung von Regressforderungen der AHV/IV stand bis Ende des 20. Jahrhunderts kaum je zur Diskussion, weil die Regressansprüche der subrogierenden Sozialversicherer in aller Regel spätestens anlässlich von Direktionsbesprechungen einer aussergerichtlichen Regulierung zugeführt werden konnten. Parallel zur Zunahme der gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Geschädigten und Haftpflichtigen mussten die staatlichen Gerichte auch zur Durchsetzung von extrasystemischen Regressansprüchen in den vergangenen zwei Dekaden vermehrt angerufen werden. Das Ringen um Recht und um den Regressertrag, der den Sozialversicherern nach deren Auffassung im Einzelfall zustand, konnte nicht selten mit Hilfe fachkundiger Gerichte nach initiiertem Gerichtsprozess durch einen einvernehmlich getroffenen Vergleich beigelegt werden. Wo dies nicht gelang, folgten (Leit-)Entscheide, die einzelne Fragen abschliessend beantworteten. Die unter den involvierten Parteien bestehenden Meinungsdivergenzen wurden dadurch im Einzelfall einer abschliessenden Regelung zugeführt.

Auch wenn das Beschreiten gerichtsprozessualer Wege aufgrund des zeitlichen und monetären Aufwandes selbst für Versicherungsgesellschaften in aller Regel die ultima ratio darstellt, ist die an den Tag gelegte Gangart in den vergangenen 20 Jahren wahrnehmbar härter geworden. Die dadurch verursachte Häufung von Regressprozessen fand denn auch Abbildung in einer Zunahme von Urteilen im Bereich der extrasystemischen Koordination.[1]

[1] Exemplarisch für die AHV und die IV, vgl. BECK, Regressprozesse, 141 ff.; BITTEL, 144 ff.; BITTEL/STALDER, 8 ff.

Vorexemplar Referenten

Nachfolgend soll – ausgehend von den Problemstellungen, die sich anlässlich des ersten Personenschadenforums im Jahre 2002 in koordinationsrechtlicher Hinsicht gestellt haben – aufgezeigt werden, welche Leitlinien und Eckpfeiler Lehre und Rechtsprechung für die Praxis der extrasystemischen Koordination in den vergangenen zwei Dekaden vorgezeichnet und skizziert haben. Es werden rückblickend aber auch Urteile wiedergegeben, die in diesem Kontext Richtung gebende und teilweise wertvolle Ansätze zur Klärung offener Fragestellungen vorgezeichnet haben.

II. 1. Personenschadenforum 2002

Im Rahmen der Schadenszurechnung werden schon anlässlich des ersten Personenschadenforums (in zustimmender Weise) die Unterschiede zwischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht festgestellt,[2] weil die beiden Rechtsgebiete divergierende rechtspolitische Zielsetzungen verfolgen und die Zurechnung deshalb unter Berücksichtigung des jeweils anwendbaren Normenkomplexes unterschiedlich zu erfolgen hat.[3]

Bereits anlässlich des ersten Personenschadenforums und damit vor knapp zwanzig Jahren hielten WEBER/SCHAETZLE fest, dass die Schadensberechnung immer komplizierter würde und dass schon damals nur noch Spezialisten in der Lage waren, Personenschäden zu berechnen. Dies rührte einerseits von den zunehmenden Kalkulationsdifferenzierungen her, hatte seinen Ursprung aber auch in der Verknüpfung des Haftpflicht- und des Sozialversicherungsrechts, welche man mittels schwieriger Kongruenzregeln zu lösen bemüht war.[4] Während zu angezeigten, rechnerischen Vereinfachungen und damit zur «einfachen, schnellen und genauen Berechnung von Invaliditäts- und Versorgungsschäden»[5] schon damals das gerade

[2] WEBER/SCHAETZLE, 106, unter Verweis auf BGE 123 III 110, 114.

[3] So genügt es im Haftpflichtrecht noch heute, wenn der Haftpflichtige eine Schadensursache gesetzt hat, ohne die es nicht zum Unfall gekommen wäre, während Mitursachen wie die konstitutionelle Prädisposition den adäquaten Kausalzusammenhang weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermögen. Während im Haftpflichtrecht einer geringen Intensität einer Unfallursache im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden kann (vgl. dazu insbesondere die Herabsetzungsgründe nach Art. 44 Abs. 1 OR), ist im sozialen Unfallversicherungsrecht gemäss Art. 36 Abs. 2 UVG eine angemessene Kürzung der Entschädigungszahlung für Gesundheitsschädigungen, die vor dem Unfall bestanden, die aber nicht zu einer Minderung der Erwerbsfähigkeit geführt haben, immer noch ausgeschlossen.

[4] WEBER/SCHAETZLE, 107.

[5] SCHAETZLE/WEBER, N 1.183; für die damals nähere Umschreibung von LEONARDO N 7.1–7.60.

Vorexemplar Referenten

neu entwickelte Programm LEONARDO zur Verfügung stand,[6] waren die in den folgenden Jahren ergehenden Klärungen der nicht immer und durchgehend kohärenten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur kongruenzrechtlichen Einordnung sowohl aus dogmatischer als auch aus praktischer Warte angebracht und indiziert.[7]

Die in die Abwicklung der Schadenfälle involvierten Versicherer waren auch zu diesem Zeitpunkt bemüht, die sich durch die komplexer werdende Schadensberechnung eröffnenden Lücken zu schliessen, um ungünstigen Auswirkungen auf die zahlenmässig bedeutende aussergerichtliche Vergleichspraxis entgegen zu wirken. Zu Einzelfragen der Koordination erliess eine Arbeitsgruppe des BSV (Bundesamt für Sozialversicherungen), des SVV (der Schadenleiterkommission des Schweizerischen Versicherungsverbandes) und der Suva deshalb in der Folge gemeinsam verabschiedete Empfehlungen, die sich in der Praxis der extrasystemischen Abwicklung bei der vergleichsweisen Konsensfindung von Regressfällen als sehr hilfreich und in vielen Fällen auch als zielführend erwiesen haben.[8]

Weil aus extrasystemischer Optik zum damaligen Zeitpunkt gerade das bundesgerichtliche Zuerkennen der Regressberechtigung der Suva für den Rentenschadenregress aus dem Jahre 1999 und das integrale Regressrecht des Arbeitgebers für die Lohnfortzahlung im Vordergrund gestanden waren und weil sich Fragen des Pensionskassenregresses stellten, soll initial und retrospektiv auf diese drei Aspekte kurz eingegangen werden.

6 Weil die erste Version noch kein spezielles Modul zur Regresswertberechnung enthielt, wurde der Regressanteil als Gesamtbetrag ausgewiesen und nach der Proportionalmethode auf die einzelnen Sozialversicherer aufgeteilt; SCHAETZLE/WEBER, N 7.55. Durch die konsequente Weiterentwicklung von LEONARDO in den vergangenen zwanzig Jahren hat das Berechnungsprogramm mit der realitätsgetreuen Wiedergabe und einer auch graphisch zunehmend perfektionierten und exakten Abbildung der äusserst komplex gewordenen Personenschadenberechnung in Invaliditäts- wie auch in Todesfällen Schritt halten können.

7 Vgl. dazu nachfolgend III.A unten.

8 Es sind dies die folgenden, aktuell in Kraft stehenden 11 Empfehlungen resp. Absichtserklärungen: 1/2003 Empfehlung zum Rentenschaden (20. März 2001, rev. 10. April 2004), 2/2003 ATSG Übergangsrecht (1. Januar 2003, rev. 11. November 2005), 3/2003 Überentschädigungsberechnung nach Art. 69 ATSG (3. September 2003, rev. 1. März 2014), 4/2003 Verzugszins nach Art. 26 ATSG und dessen Auswirkung auf die Regressabwicklung (3. September 2003), 5/2003 Verzicht (30. Oktober 2003, rev. 12. November 2009 und 1. März 2014), 6/2003 Versorgungsschaden (30. Oktober 2003), 7/2003 Regress der Vorsorgeeinrichtung, Empfehlung und Schlussbericht (19. Dezember 2003, rev. 29. November 2005), 9/2005 Regress des Sozialversicherers auf den Haftpflichtversicherer, Absichtserklärung, inkl. Liste der Meldestellen (11. November 2005, rev. 1. März 2018), 10/2007 Auswirkungen der 5. IV-Revision (6. November 2007), 11/2012 Auswirkungen der IV-Revision 6a (26 April 2012), 12/2018 Auswirkungen der IV-rechtlichen Änderungen 2018: Gemischte Methode und Erhöhung Intensivpflegezuschlag (25. Mai 2018); abrufbar unter: <www.regress.admin.ch/dienstleistungen/empfehlungen>, besucht am 11.02.2021.

Vorab-Exemplar Referenten

A. Rentenschadenregress (der Suva)

Die Frage, ob der Schädiger und Haftpflichtige auch für eine Beeinträchtigung der Altersvorsorge und damit für den Rentenverkürzungsschaden aufkommen musste,[9] hat das Bundesgericht in BGE 126 III 41 hinsichtlich der lebenslänglich fliessenden UVG-Rentenleistungen der Suva unter Hinweis auf die damals einhelligen Lehrmeinungen bejaht, indem es diese unter Bejahung der sachlichen und zeitlichen Kongruenz als an den Rentenschaden anrechenbar qualifizierte und den Anspruch der regressierenden Suva unter dieser Schadensposition bejahte.[10] Dem Einwand aus der Lehre, dass für die Beeinträchtigung künftiger Sozialversicherungsleistungen nicht die Sozialversicherungsbeiträge massgebend seien, sondern die durch den Unfall bewirkten Leistungskürzungen, also der «nicht finanzierte Anteil der hypothetischen Altersrenten»,[11] trug das Bundesgericht in seiner Änderung der Rechtsprechung von Februar 2002 Rechnung.[12] Seit diesem Entscheid lässt es den Haftpflichtigen nicht mehr für die ausfallenden rentenbildenden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge, sondern für die Lücke einstehen, die der Erwerbsausfall in der Finanzierung der Altersvorsorge hinterlässt.[13]

Die zum damaligen Zeitpunkt noch offenen Fragen der Methodenwahl, der Regressberechtigungen der Sozialversicherer und des durch diese je regressierbaren Rentenschadenanteiles konnten befriedigenden Klärungen zugeführt werden, die in die praktische Abwicklung der extrasystemischen Koordination Eingang gefunden haben. Als gemeinsam durchdachte Ausgangslage durfte dabei die Empfehlung zum Rentenschaden von Suva, BSV (Bundesamt für Sozialversicherung) und SVV (Schadenleiterkommission des Schweizerischen Versicherungsverbandes) vom 20. März 2001 dienen, die ihren legitimierenden Niederschlag denn auch in den durch die Rechtsprechung punktuell übernommenen Ansätzen fand.

9 Als Rentenschaden wurde der Verlust an Altersrenten verstanden, der durch die Einkommensverminderung als Folge der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit verursacht wurde; vgl. BGE 126 III 41 E. 3.

10 BGE 126 III 41 E. 4a+b. Weil nicht die Beiträge, sondern der noch nicht finanzierte Anteil der Altersleistungen zu entschädigen ist, hielten WEBER/SCHAETZLE, 133 f., aus koordinationsrechtlichen Gründen dafür, diesen analog dem UVG-Regresssubstrat aufgeschoben nach Mortalität zu berechnen und bei Fehlen eines Berechnungsprogrammes pauschalisiert vorzugehen.

11 SCHAETZLE/WEBER, N 3.441 m.w.H., OFTINGER/STARK I § 6 N 191 ff., 194, erachteten die Nachteile der Kompliziertheit und Umständlichkeit dieser Methode im extrasystemischen Verhältnis zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherer und deren Fachleuten als nicht so stark ins Gewicht fallend.

12 Urteil des BGer 4C.197/2001 vom 12. Februar 2002 E. 4c = Pra 2002, 823.

13 Als Folge dieser Änderung der Rechtsprechung ist seit dem Leitentscheid BGE 129 III 135 E. 2.2 = Pra 2003, 347, für die Schadensberechnung denn auch der Nettolohn zugrunde zu legen, was seit BGE 136 III 222 E. 4 = Pra 2010, 844, bestätigt durch das Urteil des BGer 4A_169/2010 vom 23. August 2010 E. 4.3.1, auch auf den bloss vorübergehenden Erwerbsausfall zutrifft.

Vorexemplar Referenten

Um ab dem Zeitpunkt der Pensionierung die Differenz zwischen den hypothetischen und den effektiv ausgerichteten Sozialversicherungsleistungen zu ermitteln, stehen sich zwei gleichwertige Methoden gegenüber, eine exakte und eine in der Regel genügende pauschale, mit der das Bundesgericht kalkuliert.[14] Massgebend für die Höhe der hypothetischen Altersrenten ist dabei das Bruttoeinkommen im Pensionierungszeitpunkt,[15] von welchem ausgehend die Quote der Altersrenten ermittelt resp. geschätzt wird. Liegen die Rentenleistungen von IV, UV und BV über den geschätzten Altersrenten, resultiert für die geschädigte Person kein finanzieller Nachteil in der Ruhestandsphase und damit kein Rentendirektschaden. Weil aber sowohl die AHV als auch die Pensionskassen vorsehen, dass der geschädigten Person bei Tod und Invalidität aus den Beitragslücken keine Nachteile entstehen,[16] erbringen sie zusammen mit der bei kausalen Folgen aus Unfallereignissen auch involvierten Unfallversicherung schadenausgleichende Leistungen. Während sowohl der AHV als auch der Vorsorgeeinrichtung nur ein Regressanspruch im Umfang der Differenz der ausbezahlten Renten zu den im Unfallzeitpunkt bereits finanzierten Renten zusteht,[17] partizipiert die obligatorische Unfallversicherung im Umfange der ab AHV-Alter von ihr entrichteten, lebenslänglichen Invalidenleistung umfassend am Rentenschaden.

B. Integrales Regressrecht für den Arbeitgeber

Die lange umstrittene Frage, welcher Kategorie die gesetzlich oder vertraglich geschuldeten Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers zuzuordnen sind, hat das Bundesgericht in BGE 126 III 521 einer vollständigen Klärung zugeführt, indem es ihm in bloss analoger Anwendung der Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR durch Füllung dieser Gesetzeslücke ein integrales Regressrecht einräumte.[18]

14 FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1919 m.w.H., die zu Recht auf die Tatsache hinweisen, dass die exakte Methode ihrer Bezeichnung deshalb nicht gerecht wird und eine Scheingenauigkeit vortäuscht, weil auch bei ihr zahlreiche (nicht exakte) Annahmen für die Zukunft getroffen werden müssen.

15 BGE 129 III 135, 150 = Pra 2003, 355 und Urteil des BGer 4C.349/2006 vom 22. Januar 2007 E. 4. Das Bruttoeinkommen ist unter Einschluss der generellen und individuellen Lohnsteigerungen ohne die teuerungsbedingten Erhöhungen zu ermitteln, weil die Teuerung nach Auffassung des Bundesgerichtes im Kapitalisierungszinsfuss von 3½% eingeschlossen ist; vgl. BGE 125 III 312 E. 5.

16 FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 1916.

17 BECK, Empfehlungen, 142 f.; BECK, Rentenschaden, 89 ff.

18 Für die Umsetzung der seitens WEBER/SCHAETZLE, 135, schon zum damaligen Zeitpunkt geforderten Gleichstellung der Schadenversicherer durch Zugestehen eines integralen Regressrechtes – entweder durch Revision von Art. 72 VVG oder dann durch die parallele Anwendung von Art. 51 OR ohne Regresskaskade – bedurfte es mehrerer gescheiterter gerichtsprozessualer Anläufe und einer geplatzten VVG-Revision, vgl. dazu III.B unten.

Vorexemplar Referenten

Zu diesem Ergebnis hat die zutreffende Feststellung geführt, dass «der Arbeitgeber nicht zum Kreis der Haftpflichtigen zählt, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfüllt und nicht aus Schlechterfüllung für den entstanden Schaden haftet.» Ebenso zutreffend waren die höchstrichterlichen Darlegungen, dass der Regress dem Arbeitgeber auch gegen einen kausal Haftenden zusteht, weil sich die Lohnfortzahlung nicht zu dessen Gunsten auswirken soll.[19] Der Arbeitgeber wird seither diesbezüglich den subrogierenden Sozial- und Schadenversicherern gleichgestellt, auch wenn letztere ihre Rechtsstellung ex lege bereits im Unfallzeitpunkt erlangt haben.

C. Pensionskassenregress

Die Frage der regressrechtlichen Stellung der Personalvorsorgeeinrichtung war noch zum Jahrtausendwechsel umstritten. Weil die Anwendung des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) für die zweite Säule explizit ausgenommen wurde[20] und weil zuvor sämtliche Versuche gescheitert waren, die berufliche Vorsorge mit einer Subrogationsnorm auszustatten und sie damit den übrigen Sozialversicherungen gleichzustellen, blieb es der Praxis überlassen, gangbare Lösungen aufzuzeigen.

1. Kaskadenordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR

In der Rechtsprechung hatte sich bereits mit BGE 115 II 24 der weder auf einer Abtretung noch auf einer Subrogation basierende Weg über die Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR etabliert, der sich damals auf die herrschende Lehre abstützte. Das Bundesgericht stellte die Vorsorgeeinrichtungen in der Regresstreppe mit der einschneidenden Konsequenz auf die Vertragsstufe, dass damit der Regress nur auf diejenigen Personen zugelassen wurde, die den Schaden schuldhaft verursacht hatten.

Vorexemplar Referenten

19 Das Bundesgericht wies die Klage des Arbeitgebers trotzdem ab, weil der von der Haftpflichtigen bezahlte Betrag den Regressanspruch des Arbeitgebers bereits überstiegen hatte; BGE 126 III 521.

20 Vgl. BBl 1999 4531. Die berufliche Vorsorge wird lediglich in Bezug auf die Leistungsreihenfolge bei den Renten in Art. 66 Abs. 2 lit. c ATSG und bei der Vorleistungspflicht in Art. 70 Abs. 2 lit. d ATSG erfasst.

Diese nicht immer leicht fassbare Argumentation, die denn auch in mehreren Folgeentscheiden Relativierungen erfahren hat,[21] überlebte in der Folge dennoch fast zwei Jahrzehnte und fand sogar in einer Empfehlung der Privat- und Sozialversicherer Aufnahme.[22]

2. Integrales Regressrecht und Subrogation

Nachdem sich in der Lehre die Stimmen gehäuft hatten, die angesichts der Gleichwertigkeit der Haftungsgründe eine Regresskaskade und die Gleichstellung der Versicherer und Pensionskassen mit Haftpflichtigen ablehnten,[23] beschäftigte sich das Bundesgericht in BGE 132 III 321 erneut mit dem Pensionskassenregress und verwarf dabei das Argument der fehlenden Kongruenz resp. der nicht schadenausgleichenden Funktion der BVG-Invalidenrente. Es trat in diesem Entscheid namentlich der Ansicht HOFER entgegen, wonach ein Rückgriff nur möglich sein sollte, wenn der Geschädigte die Ansprüche abgetreten hatte oder er dazu aufgrund einer Bestimmung im Pensionskassenreglement verpflichtet gewesen war.[24] Da nach der Entstehungsgeschichte feststehe, dass der Gesetzgeber eine Bereicherung des Geschädigten durch die Kumulation der Vorsorge- und Schadenersatzleistungen nicht zulassen wollte, erkannte das Bundesgericht den Pensionskassen unabhängig der Abtretung der Ansprüche des Geschädigten ein Regressanspruch auf den haftpflichtigen Dritten auch nach der vor 2005 geltenden Regelung nach aArt. 26 BVV2 zu.[25]

21 BECK, Ungenügende Koordination, 83, erachtete unter Verweis auf höchstrichterliche Entscheide die Qualifikation der Leistungen einer Pensionskasse als solche aus Vertrag und die entsprechende Stufenfolge beim Regress gemäss Art. 51 Abs. 2 OR als immer mehr zurückgedrängt. DUC/FIVIAN, 1075, stellten unter Verweis auf einen unveröffentlichten Entscheid (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Mai 1987 i.S. Michaud und Konsorten c. Schweizerische Eidgenossenschaft und Konsorten) und auf BGE 116 II 649, in welchen aus Billigkeitsgründen von der strengen Kaskadenordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR abgewichen wurde, eine deutliche Relativierung fest.

22 Empfehlung Nr. 7/2003 Regress der Vorsorgeeinrichtung, Empfehlung und Schlussbericht (19. Dezember 2003, rev. 29. November 2005), abrufbar unter: <www.regress.admin.ch/dienstleistungen/empfehlungen>, besucht am 12.02.2021.

23 Wiedergegeben in BGE 132 III 321 E. 2.3.2.3. Weshalb die in den Vorentwürfen enthaltene Subrogation nicht in BVV2 übernommen wurde, ist nicht klar; sehr wahrscheinlich ging sie schlicht vergessen; vgl. STAUFFER, Rz. 1246.

24 HOFER, 100.

25 Das Bundesgericht hält aufgrund von BGE 132 III 321 E. 2.3.2.4 selbst für zukünftige Leistungen eine Abtretung als nicht notwendig, ohne dafür eine Begründung zu liefern.

Vorexemplar Referenten

Seit Inkrafttreten der ersten BVG-Revision auf den 1. Januar 2005 verfügen die Vorsorgeeinrichtungen mit der gesetzlichen Subrogationsnorm von Art. 34b BVG[26] über ein integrales Regressrecht und sind den anderen Sozialversicherern gleichgestellt, wobei für die Regressaufteilung gemäss Art. 27e BVV2 die Proportionalmethode zur Anwendung kommt.

3. Regressstellung VE und Koordination freiwilliger Leistungen

Offengeblieben sind damit bis heute nur noch die Fragen der regressrechtlichen Stellung der Vorsorgeeinrichtungen zu den übrigen Sozialversicherern, der Aufteilung des zur Verfügung stehenden Regresssubstrates in den altrechtlichen Fällen und der Koordination der überobligatorischen Leistungen. Weil das Verhältnis von Leistungspflichtigen mit unterschiedlichen Regressmodalitäten für die Sozialversicherer nach ATSG und die Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 27e BVV2 seine gesetzliche Lösung in der Proportionalmethode – der Bemessung der Aufteilung nach Leistungsumfang – gefunden hat, sollte dieser Ansatz bei einer zeitgemässen Einschätzung auch für die bereits weiter zurückliegenden Fälle zum Tragen kommen.[27] Weil die Vorsorgeeinrichtung zur Koordinationsgemeinschaft gehört und im Umfange ihrer Leistungen am Regress partizipieren können soll, besteht für eine ungleiche Allokation kein Anlass.[28] Für die überobligatorischen Leistungen kommen weder Art. 34 BVG noch Art 34b BVG und die darauf basierenden Verordnungsbestimmungen zum Zuge und für die weitergehende Vorsorge kann auch auf kein Überentschädigungsverbot zurückgegriffen werden, weshalb für die Koordination ausschliesslich das Reglement der Vorsorgeeinrichtung von Relevanz ist.[29] Obwohl die Regelung durch Anrechnungs-, Kürzungs- oder Subsidiaritätsklauseln resp. mittels Abtretungsverpflichtungen gelöst werden kann, erfolgt die Koordination häufig über eine Überentschädigungsregelung, die nicht zwischen obligatorischen und überobligatorischen Leistungen differenziert, sondern die Leistung bis zur Höhe des Erwerbsschadens begrenzt.

26 Im Rahmen des Obligatoriums wurde der bisherige aArt. 26 BVV2 durch die Subrogationsnorm des Art. 34b BVG ersetzt.

27 Die Ansichten, wonach der Zeitpunkt des Regressübergangs für die Regressaufteilung massgebend sein soll, vertreten von FUHRER, 310, oder die von DENGER, 339 ff., propagierte Entflechtungsmethode – in dieser werden in einem ersten Schritt die Direkt- und Regressansprüche ohne Berücksichtigung der nicht subrogationsberechtigten Versicherer ermittelt, während sich das Regresssubstrat der nachrangigen Regressanten in einem zweiten Schritt aus dem so ermittelten Direktschaden berechnet – erscheinen aufgrund der seither erfolgten Rechtsentwicklungen überholt.

28 WEBER, 716 f.

29 WEBER, 717.

Vorexemplar Referenten

Weil auf die überobligatorischen Leistungen nicht das VVG zur Anwendung kommt, ist auch für sie die aus Art. 51 OR abgeleitete Rückgriffsordnung massgeblich und damit ein Rückgriff gegen alle Haftpflichtigen möglich. Eine Privilegierung bestimmter Haftpflichtiger lässt sich deshalb auch für die freiwilligen Versicherungsleistungen nicht mehr begründen.[30]

III. Zentrale Leitlinien

A. Kongruenzverständnis

1. Funktionen des Kongruenzgrundsatzes

Der in Art. 74 ATSG statuierte Kongruenzgrundsatz definiert den Umfang der Rückgriffsforderung der Sozialversicherungen auf haftpflichtige Personen und stellt damit die Koordination zwischen den unterschiedlichen Ausgleichssystemen des Haftpflicht- und des Sozialversicherungsrechts sicher. Die Kongruenz stellt das Mittel dar, schadenausgleichende Leistungen aus den verschiedenen Systemen zu einer Koordinationsgemeinschaft zusammenzuführen und in ihrem Zusammenwirken zu überprüfen, ob sie den Schaden zu decken vermögen oder eine Überentschädigung bewirken.[31] Während der Sozialversicherer bei Verwirklichung des sozialen Risikos die gesetzlich klar umschriebenen Leistungen erbringt, schuldet die haftpflichtige Person der geschädigten Person oder deren Hinterlassenen den Ausgleich der im Einzelfall entstandenen und nach haftpflichtrechtlichen Grundsätzen zu ermittelnden Einzelschadenpositionen. Aufgrund der unterschiedlichen Systeme führt dies zu entsprechenden Divergenzen und zu Abgrenzungsproblemen zwischen den zu erbringenden Leistungs- und den abzugeltenden Schadensquantitativen. Dem Kongruenzgrundsatz kommt für die Erreichung eines systemneutralen Schadenausgleichs als eigentliches Steuerungsmittel der Aufteilung des Haftungssubstrates in Direktschaden- und Regresspositionen die zentrale Rolle zu.[32]

Der Kongruenzfilter bietet Gewähr dafür, dass die haftpflichtige Person durch die Subrogation nicht mehr zu leisten hat, als wenn Sie alleine leistungspflichtig

30 WEBER, 718.
31 BECK, N 6.54.
32 ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz, 79.

Vorexemplar Referenten

wäre.[33] Dadurch werden in der extrasystemischen Koordination nicht nur Überentschädigungen vermieden, sondern es verbleiben der geschädigten Person durch die Subrogationsbeschränkung die nicht kongruenten (Schadens-)Positionen gewahrt, die sie als Direktschadenansprüche geltend machen kann.[34]

Aufgrund des Kongruenzgrundsatzes ist für jeden einzelnen Schadenposten zu prüfen, ob und in welchem Umfang eine bestimmte Sozialversicherungsleistung aus wirtschaftlicher Perspektive dazu dient, einen der geschädigten Person oder ihren Hinterlassenen für die gleiche Zeitspanne aufgrund desselben Ereignisses zustehenden, haftpflichtrechtlich ersatzfähigen Schaden zu decken.[35] Die Subrogation erfolgt demnach kongruent und nicht global im Rahmen sämtlicher Versicherungsleistungen.

2. Kongruenzdivergenzen

Die bei schweren Personenschadenfällen komplexen Schadensberechnungen riefen nach Vereinfachungen, für die das Bundesgericht in seiner Praxis nach Inkrafttreten des ATSG Lösungsansätze aufgezeigt und damit u.a. das Kongruenzprinzip auf den Prüfstand gestellt hat. In der Literatur erfolgte die angezeigte Auseinandersetzung mit den höchstrichterlich angestellten Schadensberechnungen, die zwecks Überprüfung der allgemeinen Tauglichkeit oder der Anwendbarkeit auf singuläre Einzelfälle in den Kontext allgemeiner Koordinationsbestimmungen zu stellen waren.

a) Gesamtschadenmethode (im engeren Sinne)

In seinem Urteil 4C.222/2004 vom 14. September 2004[36] beschritt das Bundesgericht bei der Prüfung der sachlichen Kongruenz von IV-Leistungen Neuland, indem es eine alleine gestützt auf einen Einkommensvergleich verfügte IV-Rente im Ergebnis unausgeschieden sowohl dem Erwerbsausfall wie auch der beeinträchtigten Tätigkeit im Haushalt anrechnete. Weil die Invalidenversicherung ihrer Natur nach die Invaliditätsfolgen sowohl des Erwerbsausfalles als auch der Beeinträchtigung der Haushalttätigkeit entschädigen würde und weil eine betragsmässige Ausscheidung durch den Einkommensvergleich im Rahmen der Invalidenversicherung nicht erfolgt und eine Koordination in Bezug auf die Art

33 DOLF, Rz. 164.
34 FRÉSARD-FELLAY, Rz. 1267 f.; DOLF, Rz. 166; ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz, 79.
35 BECK, N 6.55; DOLF, Rz. 165.
36 Teilweise publiziert in BGE 131 III 12.

Vorexemplar Referenten

und den Umfang der mutmasslichen Tätigkeit nicht gewährleistet wäre, sei die sachliche Gleichartigkeit der Erwerbstätigkeit und der Betätigung im Haushalt zu bejahen.[37]

Bei der Schadensberechnung addierte das Bundesgericht den aufgelaufenen Erwerbs- und Haushaltschaden und ermittelte hernach durch Subtraktion der gesamten IV-Leistungen den Direktschadenanspruch der Geschädigten. Für die Berechnung des zukünftigen Schadens wurde in ähnlicher Weise vorgegangen, indem – aufgeteilt auf zwei zukünftige Phasen vor und nach Alter 20 der Tochter der Geschädigten – der jährliche Erwerbsausfall zum jährlichen Haushaltschaden addiert und vom Ergebnis die zeitlich kongruenten IV-Rentenleistungen in Abzug gebracht wurden, um abschliessend die Kapitalisierung des insgesamt resultierenden Direktschadens für die zwei zukünftigen Phasen vorzunehmen.[38]

b) Saldoverrechnung

Im keine sechs Monate später ergangenen Urteil 4C.383/2004 vom 1. März 2005,[39] in welchem die IV-Rentenzusprache an eine Versicherte auch ausschliesslich auf einer Invalidität im Erwerbsbereich basierte,[40] bezog das Bundesgericht zur Frage der Anrechnung der erbrachten IV-Rentenleistungen Stellung und bestätigte seine mit Urteil 4C.222/2004 vom 14. September 2004 begründete Auffassung zur sachlichen Kongruenz der IV-Renten dem Grundsatze nach.[41]

Bei der Schadensberechnung wich das Bundesgericht insofern von derjenigen im Urteil 4C.222/2004 vom 14. September 2004 ab, als es nicht von vornherein eine aus Erwerbsausfall und Haushaltschaden zusammengesetzte Summe bildete, sondern dem Erwerbsausfall die gesamten IV-Rentenleistungen anrechnete und die hieraus resultierende Überentschädigung mit dem (abzüglich Akontozahlungen der Haftpflichtversicherung) resultierenden Haushaltführungsschaden verrechnete. Es erfolgte damit eine über beide Positionen und über die zeitliche Kongruenz hinweg vorgenommene Verrechnung.[42]

37 BGE 131 III 12 E. 7.3.

38 Zu den Berechnungsdetails, STUDHALTER, 116 f.

39 BGE 131 III 360.

40 Allgemeine Methode des Einkommensvergleiches nach Art. 28a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 16 ATSG.

41 BGE 131 III 360 E. 7.3: «… En effet, de par leur nature, les rentes AI tendent à indemniser les conséquences de l'invalidité tant sur la capacité de gain que sur l'accomplissement des activités domestiques, en tous les cas pour les assurés qui exercent une activité lucrative à temps partiel et qui consacrent le reste de leur temps à l'accomplissement des tâches domestiques (cf. ATF 125 V 46 consid. 2).»

42 Zu den Berechnungsdetails, STUDHALTER, 118.

Vorexemplar Referenten

c) Kritikpunkte

In der Literatur stiess dieses neue Verständnis der sachlichen und zeitlichen Kongruenz der IV-Rentenleistungen mehrheitlich auf Kritik.[43] Obzwar in einer Gesamtberechnung auf den ersten Blick Vereinfachungen sowohl in der Anrechnung der IV-Rente als auch bei der Stellung von Lebensgestaltungsprognosen in Bezug auf den zukünftigen Schaden erkannt werden können, versagt diese Methode in der überwiegenden Anzahl der Fallkonstellationen, in denen Sozialversicherungen Leistungen erbringen, die einzig den Erwerbsausfall nicht aber einen Haushaltanteil abdecken[44] und die sowohl in die intersystemische wie auch in die extrasystemische Koordination einzubeziehen sind.[45] Die Festlegung des Status durch die Invalidenversicherung hat einerseits Auswirkungen auf die Bindungswirkung der IV-Verfügung gegenüber der zweiten Säule.[46] Die Unterscheidung zwischen Invalidität im Erwerb und Haushalt und die von der IV verwendete Methode spielt andererseits aber auch bei der intersystemischen Koordination mit Rentenleistungen der obligatorischen Unfallversicherung und der zweiten Säule eine massgebliche Rolle, in deren Überentschädigungsberechnungen lediglich derjenige Anteil der IV-Rente einzubeziehen ist, der auf die Invalidität im Erwerbsbereich entfällt.[47] Weil im Einzelfall der Status der versicherten Person (voll-, oder teilerwerbstätig, nur im Aufgabebereich tätig) und die Methode der Invaliditätsbemessung (allgemeine Methode des Einkommensvergleichs, gemischte Methode oder spezifische Methode des Betätigungsvergleichs) im Verfahren der Invalidenversicherung sehr wohl festzulegen und zu unterscheiden ist,[48] sind in den Rentenver-

43 STUDHALTER, Abschied, 348, mit Verweisen in Fn. 13.

44 Was für die Unfallversicherung wie auch für die berufliche Vorsorge gilt; vgl. BGE 134 III 489 E. 4.5.1 in fine.

45 BECK, Koordinationsprinzipien, 245 f., der deshalb den Begriff der Omnikongruenz auf die beiden dem Bundesgericht zur Entscheidung unterbreiteten Fälle eingegrenzt wissen will, in welchen einzig IV-Leistungen zur Debatte gestanden sind. STUDHALTER, 117, erachtet es als eher abwegig, von einer Anrechnung der IV-Rente im Haushalt auszugehen, nachdem die IV von einer vollen Erwerbstätigkeit ausgegangen war und sie sich nicht zur Einschränkung in der Haushaltführung geäussert und auch keine Haushaltsabklärung vorgenommen hatte.

46 So sind die Vorsorgeeinrichtungen im Bereich der gesetzlichen Mindestvorsorge betreffend Invaliditätsgrad, Rentenbeginn und Eintritt der invalidisierenden Arbeitsunfähigkeit gebunden, sofern ihnen die Verfügung ebenfalls eröffnet wurde (Art. 49 Abs. 4 ATSG) und soweit sich die Feststellungen der Invalidenversicherung nicht als geradezu unhaltbar erweisen. Wird die Invalidität einer teilzeiterwerbstätigen Person nach der gemischten Methode gemäss Art. 28a Abs. 3 IVG ermittelt, ist aufgrund der Beschränkung des Versicherungsbereichs der beruflichen Vorsorge auf die Erwerbstätigkeit nur die im erwerblichen Teil festgestellte Invalidität bindend; vgl. STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall, 101, mit Verweisen.

47 Art. 32 Abs. 1 UVV; Art. 24 Abs. 2 BVV 2; vgl. auch STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall, 120 ff., der sich für die gewichtete Anrechnung des Erwerbsanteiles der IV-Rente ausspricht.

48 STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall, 118 f. mit weiteren Hinweisen.

Vorexemplar Referenten

fügungen der IV die gewählten Methoden und die in den Teilbereichen bestehenden Einschränkungen bei Anwendung der gemischten Methode ohne weiteres ersichtlich und unterscheidbar.[49]

Ein weiterer Kritikpunkt der Gesamtschadensberechnung geht dahin, dass regressberechtigte Versicherungen auf Schadensteile greifen können, die nicht ihren Leistungen entsprechen. Und schliesslich wird richtigerweise die Gefahr geortet, dass durch das Dahinfallen sachlicher Kongruenzschranken die Leistungen sämtlicher Sozialversicherer an einen Klumpenschaden «Erwerb» und «Haushalt» anzurechnen und zum Regress zuzulassen wären.[50] Die Methode der vorskizzierten Saldoverrechnung verstösst offensichtlich gegen den Grundsatz, dass die Rechtsposition des Haftpflichtigen durch die Subrogation unberührt bleiben und er durch die Aufteilung zwischen dem Geschädigten und dem regressierenden Sozialversicherer weder besser noch schlechter gestellt werden soll.[51] Denn während der Haftpflichtversicherer bei Anwendung dieser Methode im Rahmen der Direktschadenerledigung hinsichtlich der Abgeltung des Haushaltschadens von der Ausrichtung von Sozialversicherungsleistungen der IV profitiert, stehen dieser mangels sachlicher Kongruenz und mangels Subrogation unter dieser Schadensposition keine Regressansprüche zu.[52]

3. Rückkehr zur strikt sozialversicherungsrechtlichen Kongruenz

Das Bundesgericht hat sich die Argumente gegen sein (leichtes) Mäandrieren im Bereich der sachlichen und zeitlichen Kongruenz in der Anrechnung von IV-Rentenleistungen zu Herzen genommen und in seinem Entscheid BGE 134 III 489 eine Abkehr vom neuen Kongruenzverständnis der Gesamtschadenberechnung im engeren Sinne gemäss BGE 131 III 12 erklärt,[53] indem es sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht zu den herkömmlichen Anrechnungs- und Kongruenzgrundsätzen zurückgekehrt ist.[54] Dadurch wurde einerseits klargestellt, dass die

49 STUDHALTER, 117.

50 BECK, Koordinationsprinzipien, 246 f., der diese Tendenz durch die Verrechnung des über die zeitliche Kongruenz hinweggehenden Negativsaldos aus dem Erwerbsschaden mit dem vorübergehenden Haushaltschaden in BGE 131 III 360 E. 7.3 als eindeutig verstärkt einstuft.

51 BGE 124 III 222 E. 3 mit Hinweisen.

52 STUDHALTER, 119, der die Saldoverrechnung in BGE 131 III 360 richtigerweise insofern als inkonsequent einstuft, als die Kongruenz der IV-Leistungen zu Erwerbsausfall und Haushaltschaden bejaht wird, eine Subrogation aber nur in den Erwerbsausfall stattfindet.

53 Eine Bezugnahme auf die in 131 III 360 vorgenommene Saldoverrechnungsmethode blieb aus.

54 Ohne dies als Praxisänderung zu deklarieren, was in Übereinstimmung mit STUDHALTER, Abschied, 350, im Sinne der Rechtssicherheit bestimmt wünschenswert gewesen wäre.

Vorexemplar Referenten

Polykongruenzmethode nicht auf Konstellationen mit Beteiligungen weiterer Sozialversicherer ausgedehnt werden kann. Mit seinem klaren Bekenntnis zur Beachtung der sachlichen Kongruenz auch der IV-Leistungen und zum Erfordernis der Kohärenz zwischen der Anrechnung auf der einen Seite und der Subrogation und des Regresses auf der anderen Seite wurde überdies der Gesamtschadenmethode gemäss Urteil 4C.222/2004 vom 14. September 2004[55] gesamthaft eine Absage erteilt.

Dank dieser Abkehr von der Polykongruenzmethode und dem Bekenntnis zur Anwendbarkeit der im Sozialversicherungsrecht geltenden Kongruenzgrundsätze auf die extrasystemische Koordination mit IV-Rentenleistungen und damit zur Rückkehr zu einer strikt kongruenzrechtlichen Anrechnung lassen sich Ungereimtheiten vermeiden. So muss seither nicht nur der Anrechnung von lediglich Erwerbsausfall abdeckenden Sozialversicherungsleistungen auf Entschädigungen für die Beeinträchtigungen in der Haushaltführung die Anwendung versagt bleiben, sondern es gehören auch die überproportionalen Kürzungen von Regressansprüchen der Sozialversicherungsträger bei gekürzter Haftungsquote im Rahmen der Gesamtschadenmethode im engeren Sinne der Vergangenheit an.[56] Ebenso bietet dieses Kongruenzverständnis Gewähr dafür, dass der Haftpflichtige resp. dessen Versicherer durch die Anrechnung nicht-kongruenter Sozialversicherungsleistungen nicht mehr den ganzen Schaden auszugleichen hat und er im Rahmen der extrasystemischen Koordination zulasten der anderen Involvierten – der regressierenden Sozialversicherer und der Geschädigten – profitieren kann.[57] Schliesslich trägt diese begrüssenswerte Sichtweise zur Vereinheitlichung der Anrechnungsgrundsätze für IV-Renten bei der intersystemischen Koordination zwischen den Sozialversicherungsleistungen, aber auch bei der extrasystemischen Koordination mit dem Haftpflichtrecht Rechnung und leistet damit ihren Beitrag zu einer punktuellen Vereinfachung in der Abwicklung komplexer Personenschadenfälle. IV-Rentenleitungen, die ausschliesslich eine Einschränkung in der Erwerbstätigkeit entschädigen, sind genau so wenig kongruent zum Haushaltschaden wie Leistungen des obligatorischen Unfallversicherers oder der Vorsorgeeinrichtung. Die vergangenen zwölf Jahre haben aufgezeigt, dass die Polykongruenz mit BGE 134 III 489 verabschiedet worden ist und dass sie aus koordinationsrechtlicher Optik richtigerweise nur eine kurze rechtsgeschichtliche Episode dargestellt hat.

55 Teilweise publiziert in BGE 131 III 12 ff.
56 STUDHALTER, Abschied, 349; STUDHALTER, 114, 117, 119 f.
57 STUDHALTER, Abschied, 349; STUDHALTER, 114, 119 f.

Vorzeitige Rezension

4. Sachliche Kongruenz in Versorgungsschadenfällen

Während die aufgezeigte Anwendbarkeit der im Sozialversicherungsrecht geltenden Kongruenzgrundsätze in den Invaliditätsschäden seither keine Änderung in der Rechtsprechung erfahren hat und dieser deshalb auch heute noch Gültigkeit zuzuschreiben ist, stellt sich die sozialversicherungsrechtliche Lage in den Versorgungsschadenfällen etwas anders dar. Bei der Ausrichtung von Hinterlassenenrenten der AHV wird vorab nicht zwischen Versorgung aus Erwerb oder Haushalt unterschieden[58] und im Rahmen der intersystemischen Koordination mit UVG-Hinterlassenenrenten werden die Hinterlassenenrenten der AHV – unabhängig des Status der Versorgerin oder des Versorgers[59] – voll in die UVG-Komplementärrentenberechnung einbezogen.[60]

a) Meinungen in der Literatur

Das Spektrum der in der Literatur vertretenen Meinungen zur extrasystemischen Anrechenbarkeit der Sozialversicherungsleistungen an die Versorgungsschadenpositionen Erwerb und Haushalt ist breit und deckt nahezu sämtliche möglichen Lösungsansätze ab, ohne dass sich bisher eine eindeutige Haltung hätte feststellen lassen. Die Lehrmeinungen gehen von der ausschliesslichen Anrechnung der Sozialversicherungsleistungen an den Erwerbsschaden[61] über eine prozentuale Anrechnung der AHV-Hinterlassenenrenten analog der gemischten Methode bei IV-Renten[62] bis zu einer polykongruenten Anrechnung sämtlicher Hinterlassenenrentenleistungen unter Einschluss derjenigen nach UV und BV an den gesamten Versorgungsschaden.[63]

58 Art. 23 ff. AHVG.

59 Dies im Unterschied zur Regelung bei den Invalidenrenten, vgl. Art. 32 Abs. 1 UVV.

60 Art. 43 Abs. 1 UVV. Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a BVV2 gilt die volle Anrechnung der Hinterlassenenleistungen der AHV auch bei der Kürzung von ordentlichen Hinterlassenenleistungen nach BVG, wobei sämtliche Leistungen aufgrund eines Todes gemäss Art. 24 Abs. 3 BVV2 zusammengerechnet und entsprechend berücksichtigt werden; STAUFFER, Rz. 1212 f.

61 FULLIN/WYSSMANN/ZIGERLI, 80 f., HERRMANN, 41.

62 ZK-LANDOLT, Art. 45 OR N 345 ff.; BITTEL, Ausgewählte Fragen, 77 f.; STUDHALTER, Aktuelle Probleme, 87 ff.; SCHMID, 43; WEBER/SCHAETZLE, Standortbestimmung, 298; HÜRZELER, Rz. 36.17; der zufolge sachlicher Kongruenz eine Aufteilung der Hinterlassenenrenten AHV und MV entsprechend dem Haushalts- und Erwerbsanteil der verstorbenen versicherten Person befürwortet.

63 FRÉSARD-FELLAY, Rz. 1748; ROTHENBERGER, Rz. 511 ff.

Voexemplar Referenten

b) Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich in der Frage der sachlichen Kongruenz von Hinterlassenenrenten bislang nicht konsequent und eindeutig geäussert und seit dem Leitentscheid «Blein», BGE 108 II 434, aus dem Jahre 1982 mannigfaltigen Berechnungen die Zustimmung erteilt.[64] Immer wenn dabei in Versorgungsschadenfällen der vergangenen zwanzig Jahre Gesamtschadenberechnungen vorgenommen bzw. solche geschützt und dabei sowohl AHV-Hinterlassenenleistungen als teilweise auch UVG-Hinterlassenenleistungen ohne Differenzierung nach Haushaltschaden und Erwerbsausfall in Anrechnung gebracht wurden, geschah dies ohne entsprechende Ausführungen zur sachlichen Kongruenz. Soweit ersichtlich hatte das Bundesgericht in jüngster Zeit keine Gelegenheit oder zumindest keinen Anlass dazu, sich zu dieser Frage zu äussern. Aus seinen expliziten Darlegungen in BGE 134 III 489, wonach Ersatzleistungen in einem Invaliditätsfall für Haushaltschaden weder mit BVG- noch mit UVG-Renten sachlich kongruent sind,[65] ist ein Analogieschluss auf Versorgungsschadenfälle angezeigt. Die in der Literatur teilweise gezogene Schlussfolgerung, wonach eine Gesamtrechnung nun wohl auch beim Versorgungsschaden nicht mehr zulässig sein dürfte,[66] ist seit diesem Entscheid aus dem Jahre 2008 folgerichtig.

c) Lösungsansatz zur adäquaten Anrechnung der AHV-Leistungen

Sowohl Art. 45 Abs. 3 OR als auch Art. 74 Abs. 2 ATSG sehen innerhalb des Versorgungsschadens keine Differenzierungen nach Schadenspositionen vor. Weil sich auch aus der Entstehungsgeschichte keine Rückschlüsse ziehen lassen, die Entscheidung der Koordinationsfrage aber grösste Auswirkungen auf die Verteilung von Direktschaden und Regress hat,[67] erscheint es angezeigt, für die sich stellende Frage einen einheitlich adäquaten und begründeten Lösungsansatz zu finden. Dies ist auch deshalb indiziert, weil Haftpflichtige respektive deren Haftpflichtversicherer gegenüber Direktschaden und Sozialversicherungsregress konträre Argumentationslinien verfolgen (können) und ohne einheitlichen Ansatz

64 Zur höchstrichterlichen Rechtsprechung vgl. BITTEL/LOCHER, 309 f., aber auch ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung, 237 f.

65 BGE 134 III 489 E. 4.5.1 in fine, in welchem das Bundesgericht sowohl den Taggeldern nach UVG als auch den IV-Renten nach UVG und BVG eine funktionale oder sachliche Kongruenz zum Haushaltschaden absprach.

66 WEBER, Korrelationen, 469; FULLIN/WYSSMANN/ZIGERLI, 85.

67 WEBER, Vorschläge, 233.

Vorexemplar Rebsamen

eine nicht vertretbare rechnerische Optimierung zugunsten der Haftpflichtigen Platz zu greifen droht.[68]

Fast sämtliche der im Schrifttum vertretenen Auffassungen gehen richtigerweise davon aus, dass die AHV-Hinterlassenenrenten dem Grundsatze nach sowohl zum Versorgungsausfall aus Erwerb als auch zum Versorgungsausfall aus Haushaltführung bzw. Dienstleistung kongruent sein können.[69] Dies gilt unbesehen davon, dass die AHV für die Ausrichtung der Hinterlassenenleistungen keine entsprechende Festlegung des Status vornimmt. Weil massgebend die Funktion sein muss, die den AHV-Hinterlassenenleistungen im konkreten Fall zukommt, liegt es nahe, dass die Hinterlassenenleistungen der ersten Säule auch den Ausfall der Versorgung aus Haushaltführung decken, den die versorgende Person vor ihrem Ableben erbracht hat und auch weiterhin zugunsten der versorgten Hinterbliebenen erbracht hätte. Alleine die kongruenzrechtliche Zuordnung lässt die Frage indessen unbeantwortet, ob überhaupt und falls ja in welchem Umfange eine Aufteilung der Hinterlassenenleistungen an den Erwerbsschaden einerseits und an den Haushaltschaden andererseits zu erfolgen hat.

Wie von diversen Autoren propagiert, stellt die analoge Anwendung der gemischten Methode der IV auf Hinterlassenenleistungen der AHV a priori einen bestimmt valablen und Richtung gebenden Lösungsansatz dar.[70] Entrichtet die Invalidenversicherung bei einer nur zum Teil erwerbstätigen Person eine Rente, so wird der Invaliditätsgrad nach der sogenannt gemischten Methode je gesondert bezogen auf die erwerbliche Situation und die Haushaltsituation ermittelt.[71] Die ausgerichtete

68 Werden sämtliche Hinterlassenenleistungen bei der Abwicklung der Sozialversicherungsregresse an den Erwerbsschaden angerechnet, führt dies zufolge Überentschädigung zu einer empfindlichen und letztlich unhaltbaren Kürzung der Regresssubstrate, ohne dass Gewähr dafür geboten würde, dass die so errechnete Überentschädigung bei der Regelung des Direktschadens nicht doch an die Position des Haushaltversorgungsschadens angerechnet werden wird. Der Haftpflichtige profitiert dergestalt auch in Versorgungsschadenfällen von im Direktschaden angerechneten Sozialversicherungsleistungen, denen regressseitig keine Ansprüche gegenüberstehen.

69 STEHLE, Rz. 702 ff.; HERRMANN, 41, DOLF; Rz. 226 ff. Obgleich die unentgeltliche Haushaltführung als solche in keinem Fall Substrat für die AHV-Beitragserhebung bildet, sind die ausschliesslich haushaltführenden Personen in der AHV versichert – entweder als beitragspflichtige Nichterwerbstätige oder als nichterwerbstätige Ehegattinnen und Ehegatten von beitragspflichtigen Versicherten.

70 Vgl. dazu die in Fn. 62 oben wiedergegebenen Meinungen aus der Literatur. Zur Anwendung der gemischten Methode: STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall, 118 ff.

71 Art. 28a Abs. 3 IVG. Das Gesetz spricht von einer Tätigkeit im Aufgabenbereich, unter den Haushalt, Studium, Ausbildung wie auch eine klösterlichen Gemeinschaft fallen.

Vorexemplar Reformation

Invalidenrente wird nach dem gewichteten Verhältnis der Invalidität im erwerblichen Bereich[72] und im Haushalt[73] auf die entsprechenden haftpflichtrechtlichen Ersatzansprüche von Erwerbs- und Haushaltschaden angerechnet.

Bei Hinterlassenenleistungen der AHV in Form von Witwen- und/oder Halbwaisenrenten nach Art. 23 ff. AHVG und Art. 25 AHVG liegt eine solche Differenzierung nicht auf der Hand, weil diese Leistungen unabhängig davon zugesprochen werden, ob die versorgende Person erwerbstätig gewesen war oder nicht und welchen Beschäftigungsgrad sie vor dem Ableben ausgeübt hatte. Die Leistungen der AHV wären demnach dieselben, wenn der verstorbene Ehemann, Vater und Versorger vor seinem Ableben nicht einer Vollzeiterwerbstätigkeit nachgegangen wäre. Da die sachlich-funktionale Kongruenz unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für die Hinterlassenenleistungen der AHV sowohl auf den Versorgungsschaden aus weggefallenem Erwerb als auch auf den aus den weggefallenen Naturalleistungen resultierenden Schaden in gleichem Masse zutrifft, ermangelt es vorweg eines sachlichen Anreizes, diese auf einen erwerblichen und auf einen nichterwerblichen Teil aufzusplitten. Weil die Entscheidung dieser Koordinationsfrage aber grösste Auswirkungen auf die Verteilung von Direktschaden und Regress hat, sollte die nicht direkt zu beantwortende Frage nicht offenbleiben und es dürfte nicht auf eine anteilsmässige Zuordnung der Regressansprüche auf die haftpflichtrechtlich ausgewiesenen Schadensanteile verzichtet werden.

Weil die Hinterlassenenleistungen der AHV auch zum Haushaltversorgungsschaden kongruent sind, erscheint es geboten, über die analoge Anwendung der aus der IV stammenden, gemischten Methode hinaus zu gehen und eine zumindest gewichtete Anrechnung der AHV-Leistungen auf Erwerb und Haushalt vorzunehmen, die sich an den in Erwerb und Haushalt geleisteten Stunden vor dem Ableben der versorgenden Person orientiert.[74] Wendet man diese Methode an, wird a priori der im Bereich der extrasystemischen Koordination zu beachtende Grundsatz der sachlichen Kongruenz gewahrt. Darüber hinaus wird dem Umstand Rechnung ge-

Vorexemplar Referenten

72 Man beachte in diesem Zusammenhange die auf den 1. Januar 2018 angepasste Bestimmung von Art. 27bis Abs. 2–4 IVV, aufgrund der zwecks diskriminierungsfreier Ausgestaltung nach den Anforderungen des EGMR der Invaliditätsgrad weiterhin nach Art. 16 ATSG berechnet, aber das Valideneinkommen neu auf eine hypothetische Vollerwerbstätigkeit hochgerechnet wird.

73 Hier erfolgt ein Betätigungsvergleich nach Art. 28a Abs. 2 IVG.

74 Zu einer am Leistungsumfang (Stundenaufwand im Haushalt und Erwerb) orientierten Anrechnung, vgl. BITTEL/LOCHER, 310 ff., zu der aus statistischen Werten abgeleiteten, gewichteten Anrechnung inklusive den prozentualen Tabellenwerten, vgl. BITTEL, Versorgungsschaden, 343 f.

tragen, dass gegenüber dem aus statistischen Werten abgeleiteten Haushaltversorgungsschaden eine adäquate Anrechnung von Sozialversicherungsleistungen der AHV erfolgen kann, denen – im Gegensatz zu Hinterlassenenrentenleistungen nach UV und BV –[75] auch diese Funktion zukommt. Durch eine Nichtanrechnung der Rentenleistungen der UV und BV an den Haushaltversorgungsschaden wird auch in Versorgungsschadenfällen effektiv verhindert, dass der Haftpflichtige in fragwürdiger Weise von angerechneten Sozialversicherungsleistungen profitiert, denen dann keine Regressansprüche gegenüberstehen.[76] Und schliesslich lässt sich aufgrund von Überentschädigungsgrenzen von 90% des versicherten respektive des mutmasslich entgangenen Bruttoverdienstes[77] bei Versorgungsquoten, die nur in wenigen Fällen 90% des Nettoverdienstes übersteigen,[78] die damit «in der Natur der Sache» liegende Überentschädigung in einem wesentlichen Umfang vermeiden. Die von der Literatur angesprochene, mögliche haftpflichtrechtliche Überentschädigung im Erwerbsversorgungsschaden[79] liesse sich mit diesem dogmatisch halt- und vertretbaren Ansatz extrasystemisch ohne umfassende Subrogation sämtlicher Sozialversicherer in den Haushaltversorgungsschaden zumindest partiell eliminieren.

B. Neue «Spielregeln» des Privatversicherungsregresses

Ungeachtet der Tatsache, dass im Rahmen der damals anstehenden VVG-Teilrevision voraussichtlich ein integrales Regressrecht des Schadenversicherers stipuliert werden würde,[80] löste das Bundesgericht den Schadenversicherer in seinem Urteil 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018[81] unter Aufgabe einer fast 100-jährigen Praxis aus der Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR heraus, nachdem es noch in BGE 137 III 352 eine diesbezügliche Änderung der Rechtsprechung in Richtung integrales Regressrecht fast apodiktisch abgelehnt hatte. Die Auslegung von Art. 72 VVG präzisierte es dahingehend, dass die Subrogation des Schadenversi-

75 Vgl. dazu die Fn. 65 und 66 oben.

76 Wie dies bei Anwendung der Globalberechnung und einer Saldoverrechnungsmethode in IV-Fällen geschehen konnte; vgl. dazu STUDHALTER, 123, 125, und STUDHALTER, Aktuelle Probleme, 90.

77 Art. 31 Abs. 3 UVG und Art. 34a Abs. 1 BVG.

78 WEBER, Vorschläge, Abb. 5, 204. Versorgungsquoten von über 90% resultieren erst ab einem Fixkostenanteil von 60% und ab 5 Kindern resp. bei einem Fixkostenanteil von 70% und ab 4 Kindern und in Kinderhaushalten mit einem Fixkostenanteil von doch sehr hohen 80%.

79 FELLMANN/KOTTMANN, N 2115; FISCHER, 42 f.; STEHLE, N 7.

80 Zum Regressrecht der vom Parlament am 19. Juni 2020 verabschiedeten Teilrevision des VVG, vgl. Fn. 106 unten.

81 Teilweise wiedergegeben in BGE 144 III 209.

Vorexemplar Referenten

cherers neu auch Schadenersatzansprüche gegen Kausalhaftpflichtige erfasse, wobei es die dort vorgesehene Subrogationsbarriere mit einer weiten Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung überwand.

1. Sachverhalt und bundesgerichtliche Erwägungen

a) Sachverhalt

Im Mai 2014 stürzte eine 86-jährige Passagierin A. (Jahrgang 1928) in einem Bus eines bernischen Regionalbetriebes, als dieser ruppig anfuhr. Sie erlitt einen Kompressionsbruch des dritten Lendenwirbels und musste deswegen hospitalisiert und rehabilitiert werden. Zusätzlich zur obligatorischen Grundversicherung nach KVG war die betagte Frau A. bei der X. AG nach VVG versichert. Weil diese für halbprivate Zusatzleistungen rund CHF 33‘000 bezahlt hatte, liess sie sich die Ansprüche der A. abtreten und klagte schliesslich gegen die Haftpflichtversicherung des bernischen Regionalbetriebes. Das Handelsgericht Bern wies als erste Instanz die Klage ab und liess den Regress gegen die kausal Haftpflichtige in Befolgung der seit Jahrzehnten bestehenden, in BGE 137 III 352 vom 7. Juni 2011 erneut bestätigten Bundesgerichtspraxis nicht zu.[82] Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde der X. AG vor Bundesgericht war demgegenüber erfolgreich. Das Bundesgericht wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.[83]

b) Erwägungen

Nach (neuer) Meinung der höchsten Richterinnen und Richter wird in der Lehre zutreffend kritisiert, dass der Versicherer als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 f. OR behandelt wird, obwohl er den Schaden in Erfüllung seiner primären Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag deckt und nicht Schadenersatz aus Schlecht- oder Nichterfüllung leistet. Dem Versicherer den Rückgriff auf einen Kausalhaftpflichtigen zu verwehren, führt nach Meinung des Bundesgerichtes zu einer falschen Kostenverteilung, weil der Ersatz von Schäden die vertragliche Gegenleistung zum Einkassieren der Prämien darstellt und diese nicht bezahlt werden, um Kausalhaftpflichtige zu entlasten. Zu beachten ist aufgrund des Bundesgerichtsurteiles, dass sich die Verhältnisse im Laufe der Zeit geändert haben, dass

82 Urteil des Handelsgerichtes Bern HG 16 38 vom 14. August 2017.

83 Das Handelsgericht Bern erkannte in seinem hernach in Rechtskraft erwachsenen Urteil HG 18 47 vom 27. Juni 2019 unter Berücksichtigung der persönlichen Lebensumstände und auch der medizinischen Betrachtungsweise die sich aus der halbprivaten Unterbringung ergebenden, höheren Behandlungskosten als ersatzfähigen Schaden (E. 14.5) und hiess die Regressforderung der privaten Zusatzversicherung nach VVG vollumfänglich gut.

Vorexemplar Referenten

zahlreiche Gefährdungshaftungen gesetzlich normiert worden sind und den Versicherungsträgern im Sozialversicherungsrecht ein integrales Regressrecht (Art. 72 ff. ATSG) gesetzlich geschaffen worden ist.[84] Darüber hinaus beabsichtigt der Gesetzgeber (immer noch) eine Änderung des VVG, wonach die Subrogation weitestgehend derjenigen der Sozialversicherer entsprechen soll. Aus dem Vernehmlassungsverfahren ist gegenüber der beabsichtigten Gesetzesänderung keine Kritik erwachsen. Vor dem Hintergrund zunehmend kritischer Meinungen und der durch die Einführung zahlreicher Gefährdungshaftungstatbestände stark veränderten äusseren Verhältnisse erachtet das Bundesgericht die Voraussetzungen für eine Praxisänderung als erfüllt.[85]

Im konkreten Fall führt die Praxisänderung dazu, dass der privaten Zusatzversicherung nach VVG ein Regressrecht gegen den Regionalbetrieb bzw. dessen Haftpflichtversicherung gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG einzuräumen ist. Auf den Versicherer gehen nach Meinung des Bundesgerichtes gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG die Ersatzansprüche insoweit über, als dieser Entschädigung geleistet hatte, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zustehen würde. Verursacht ein Kausalhaftpflichtiger einen Unfall, so begeht er nach Ansicht der Bundesrichterinnen und Bundesrichter eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Bestimmung, selbst wenn ihn kein Verschulden trifft. Die privaten Schadenversicherer sind demnach im Verhältnis zum kausal haftpflichtigen Bus des Regionalbetriebes als Unfallverursacher gleich zu behandeln wie die Sozialversicherer. Art. 51 Abs. 2 OR findet nach revidierter Ansicht des Bundesgerichtes nicht mehr Anwendung auf den privaten Schadenversicherer.[86]

2. Historischer Wille des (regressfeindlichen) Gesetzgebers

Bereits das VVG aus dem Jahre 1908 machte in Art. 72 die Unterscheidung, dass nur in die «Haftung aus unerlaubter Handlung» subrogiert werden konnte. Einzig in dieser Konstellation wurde die Schonung des Schädigers bei bestehender Versicherungsdeckung als unbillig empfunden, weshalb man dem Sachversicherer hierfür das Regressrecht zuerkannte. Obgleich dem Wesen der Versicherung widersprechend, die grundsätzlich dann zum Zuge kommen soll, wenn keine anderweitige Kompensation des Schadens möglich ist, hat sich dieses Argument bis in die aktuelle Zeit hinein gehalten.

Vorexemplar Referenten

84 BGE 144 III 209 E. 2.4.
85 BGE 144 III 209 E. 2.5.
86 BGE 144 III 209 E. 2.6.

Der Gesetzgeber stand bei Begründung der gesetzlichen Normen dem Regressrecht skeptisch bis ablehnend gegenüber und die Vorstellungen über eine Leistungskoordination präsentierten sich entsprechend nebulös.[87]

Das Einfügen von Art. 51 Abs. 2 OR durch EUGEN HUBER im Rahmen der Revision des Obligationenrechts zielte in erster Linie auf die Regressposition des Privatversicherers, sollten doch mittels der von ihm vorgeschlagenen Regresstreppe nach dem viel kritisierten Leiterhaken-Entscheid des Bundesgerichtes, BGE 35 II 238 vom 1. Mai 1909, die Kausalhaftungen und insbesondere die diesem Entscheid zugrundeliegende Werkeigentümerhaftung aus der Schusslinie genommen werden. Eine zusätzliche Barriere hatte sich aufgedrängt, weil Art. 72 VVG nur die gesetzliche Subrogation des Versicherers in die Ansprüche des Geschädigten gegen den für den Schaden aus Vertrag Haftenden einschränkte, als nicht zwingende Vorschrift aber die Anspruchszession des Geschädigten zuliess, während Art. 51 OR als zwingend betrachtet wurde. Mit der ergänzenden Bestimmung im OR wollte der Gesetzgeber deshalb in erster Linie den Versicherern den Regress auf Kausalhaftpflichtige entziehen. Dies war aufgrund der damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse verständlich, weil der fehlende und nicht finanzierbare Versicherungsschutz für die Haftpflichtrisiken es als sozialpolitisch erwünscht erscheinen liess, den Schaden in diesen Konstellationen auf den Eigenschadenversicherer zu überwälzen.[88] Weil der historische Gesetzgeber keine gesetzlichen Anreize für eine allgemeine Schadenversicherung des Werkeigentümers schaffen wollte, bot sich ein Regressrecht des kausal haftenden Grundeigentümers auf die private Unfallversicherung des Geschädigten als Lösung an. Die kleinbürgerliche Familie sollte zulasten der Schadenversicherung des Geschädigten finanziell geschont werden.[89]

3. Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 2 OR

a) Frühe Rechtsprechung

Die frühe Rechtsprechung entsprach dem damaligen Idealbild des eigenverantwortlich handelnden Bürgers, der grundsätzlich nur dann haften sollte, wenn ihm ein Verschulden am Schadeneintritt nachgewiesen werden konnte. So überrascht

87 WEBER, Regresskaskade, 357.

88 WEBER, Regresskaskade, 358.

89 BACHMANN, 327, mit Verweisen aus den parlamentarischen Beratungen und unter Hinweis auf das seitens EUGEN HUBER im Nationalrat 1909 ausdrücklich beantragte gesetzliche Rückgriffsrecht des schuldlosen Gebäudeeigentümers gegen den vertragsgemäss zur Deckung des Schadens verpflichteten, privaten Schadenversicherer.

Vorexemplar Referenten

es nicht, wenn die Urteile zu Art. 51 Abs. 2 OR den Eindruck verstärken, dass der Kaskadenordnung sozialpolitische Motive zugrunde lagen und das Verschulden im Zentrum der Überlegungen stand. Während das Bundesgericht in BGE 45 II 638 exemplarisch den Grundsatz bekräftigte, dass der Versicherer den Schaden vor dem nicht schuldhaft Handelnden zu tragen habe,[90] wies es in BGE 47 II 408 darauf hin, dass die Versicherung die Möglichkeit von Zahlungen in ihren Prämien einkalkulieren und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grad schadlos halten könne.[91] In BGE 77 II 243 ging das Bundesgericht erstmals auf die gewachsene Kritik an der Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 2 OR ein und stellte die kantonalen Brandversicherungsanstalten in der Kaskadenordnung auf die Stufe der privaten Schadenversicherer, weil diese trotz gesetzlichen Auftrages Prämien beziehen würden. Das Versicherungsverhältnis wäre daher nach dem Grundgedanken von Art. 51 Abs. 2 OR mit einem vertraglichen Verhältnis gleichzusetzen und in der zweiten Stufe der Haftpflichtigen einzureihen.[92] Die Kritik aus der Lehre an der bisherigen Rechtsprechung, die ihren Anfang mit einem Beitrag VON THURS in der Schweizerischen Juristenzeitung genommen hatte,[93] konterte das Bundesgericht mit der Begründung, dass sie, die bisherige Rechtsprechung, «den Vorzug der konsequenten Ordnung» hätte.

b) Weiterentwicklung durch «Gini/Durlemann»

Die einzige Erweiterung in der über 100-jährigen Geschichte der Regressposition des Privatversicherers erfolgte in BGE 80 II 247. Seit diesem allseits unter der Bezeichnung «Gini/Durlemann» bekannten Entscheid wird dem Versicherer ein Rückgriff auf den vertraglich Haftenden in denjenigen Fällen zugebilligt, in denen jener die Vertragsverletzung grobfahrlässig herbeigeführt hatte.[94] Das Bundesgericht stützte den Regressanspruch dabei nicht etwa auf die extensive Auslegung von Art. 72 VVG, sondern auf Art. 51 Abs. 1 OR und Art. 50 Abs. 2 OR und

90 BGE 45 II 638 E. 4.
91 BGE 47 II 408 E. 2.
92 BGE 77 II 243 E. 2.
93 VON THUR ANDREAS, Rückgriff des Versicherers nach Art. 51 OR und Art. 72 VVG, SJZ 1922, 233 ff.
94 Das Bundesgericht hat durch Erweiterung der Rangfolge von Art. 51 OR den Widerspruch aufgelöst, dass Art. 72 Abs. 1 VVG dem aus Vertrag leistenden Versicherer den Regress auf alle aus unerlaubter Handlung Haftenden gewährt, zu denen auch die Tatbestände der Kausal- und Gefährdungshaftung gehören, während ihm Art. 51 Abs. 2 OR diesen Anspruch verwehrte; vgl. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 12.34.

Vorexemplar Referenten

betonte, dass Art. 51 OR eine Abtretung der Ansprüche ausschliesse und es nicht die Idee des Gesetzgebers gewesen sein konnte, die Regressmöglichkeiten zu erweitern.[95]

c) Vorteile des «Mauerfalls» im Regressrecht des VVG-Versicherers

Wie durch eine historische Aufarbeitung des Regressrechtes der Privatversicherer gegenüber Kausalhaftpflichtigen und durch eine Einordnung in aktuelle Verhältnisse ersichtlich gemacht werden konnte, erfolgte in zunehmendem Masse eine Verdrängung des Verschuldensprinzips, das aktuell und richtigerweise durch Versicherungssysteme mit verursachergerechter Risikoallokation ersetzt wird.[96]

Als begrüssenswert einzustufen ist der in BGE 144 III 209 vorgenommene Schritt des Bundesgerichtes nicht nur angesichts der jahrzehntelangen, gerechtfertigten Kritik und aufgrund der vom Gesetzgeber fragwürdig motivierten Normen, sondern auch zufolge der zum Urteilszeitpunkt nach wie vor grossen Unsicherheiten rund um das Revisionsvorhaben des VVG.[97] Weil sich die allgemeinen Rechtsanschauungen und die Rahmenbedingungen in den vergangenen hundert Jahren seit dem Erlass der Bestimmung von Art. 51 Abs. 2 OR wesentlich geändert haben, indem sich ein fein abgestimmtes und ausgewogenes System von Privat- und Sozialversicherungen entwickelt hat und weil das Verschuldensprinzip durch die Einführung von immer mehr Kausalhaftungstatbeständen infolge der technischen Entwicklung in den Hintergrund getreten ist, erschien eine Relativierung des Willens des historischen Gesetzgebers längst am Platz.[98] Die Prämien des in zweiter Linie haftenden, privaten Schadenversicherers werden nicht zur Entlastung Gefährdungs- und Kausalhaftpflichtiger bezahlt, sondern für die Versicherungsgemeinschaft des Geschädigten.[99]

Vorexemplar Referenten

95 WEBER, Regresskaskade, 358, unter Wiedergabe der Übersetzung auf Pra 1955 Nr. 18. Weil Art. 51 OR auch bei gleichartigen Rechtsgründen anwendbar ist, nicht aber Abs. 2, der die Reihenfolge der Ersatzpflicht regelt, wurde der Regress auf die Art. 51 Abs. 1 OR und Art. 50 Abs. 2 OR abgestützt, was dem Richter bei der internen Aufteilung einen grossen Freiraum einräumte.

96 BACHMANN, 326 ff.

97 WEBER, Regresskaskade, 356+358; BACHMANN, 330.

98 BGE 144 III 209 E. 2.4.; das Bundesgericht hatte hierauf bereits in BGE 137 III 352 E. 4.5 hingewiesen.

99 FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 12.36.

Eine weiterhin strikte Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR hätte demnach zu einer fortdauernd fragwürdigen und falschen Kostenverteilung geführt, weshalb das Herauslösen des Schadenversicherers zu begrüssen ist.[100]

4. Auswirkungen auf das Verständnis von Art. 51 Abs. 2 OR

Obgleich das Bundesgericht die Auseinandersetzung der Lehre mit der Auslegung der Norm von Art. 51 Abs. 2 OR im zu beurteilenden Fall als nicht erforderlich einstufte,[101] ist zu hoffen, dass die Stufenordnung zusammenbricht, nachdem sie für die Privatversicherer, für resp. gegen die sie ursprünglich geschaffen wurde,[102] nun nicht mehr Anwendung findet.[103]

Sofern an die Stelle der nicht mehr zeitgemässen Regresskaskade eine seit längerem geforderte, sektorielle Verteilung treten würde, könnte den Umständen des zu beurteilenden Falles insofern besser Rechnung getragen werden, als in der Abwägung der Haftungsgründe resp. deren Intensität sich die Schwere des Verschuldens gleichwie die Bedeutung einer Betriebsgefahr gegenüberstünden, ohne dass durch vorgelagerte, formale Kriterien eine ungerechtfertigte Triage zu erfolgen hätte. Wenn das Bundesgericht diesen Ball in seinem Urteil 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018 aufgegriffen und betont hat, dass von der Stufenordnung im Einzelfall abgewichen werden könne, weil diese der Vielzahl der Fälle nicht gerecht werde und es explizit ausgeführt hat, dass das Gesetz Raum für Abweichungen belasse,[104] dann ist WEBER vorbehaltlos zuzustimmen, wonach die Ausnahme nun zur Regel gemacht werden sollte.[105]

5. Regress des Haftpflichtversicherers (Regresstreppe)

Während für Haftpflichtversicherer der Entscheid BGE 144 III 209 zunächst die offensichtliche Folge hat, dass die Regressordnung (bei Kausalhaftungen) den (Regress-)Ansprüchen des Versicherers der geschädigten Person nicht mehr im Wege steht, ändert das höchstrichterliche Urteil für die Regressansprüche der Haftpflichtversicherer nichts. Sie subrogieren in die Rechtsposition des Haftpflichtigen, treten in dessen Rechtsstellung und nehmen damit seinen Platz ein.

100 BACHMANN, 330; WEBER, Regresskaskade, 357, unter zusätzlichem Hinweis auf die konsumentenfeindlichen Subsidiärklauseln, die auf exakt diese Regressschranken zurückzuführen sind.
101 BGE 144 II 209 E. 2.6 in fine.
102 Vgl. III.B.2 oben.
103 WEBER, Regresskaskade, 359.
104 Urteil des BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018 E. 5.3.
105 WEBER, 359, mit dem gerechtfertigten Fazit: «Regresskaskade adieu.».

Vorexemplar Referenten

Weil sich die Regressansprüche von Haftpflichtversicherern hernach in vielen Fällen nach Art. 51 Abs. 2 OR richten, kommt die Kaskadenordnung im Innenverhältnis unter mehreren Haftpflichtigen dann doch wieder zum Zug.

Der Haftpflichtversicherer subrogiert in analoger Anwendung von Art. 72 VVG[106] in den auf Art. 51 Abs. 2 OR gestützten Ausgleichsanspruch seines Versicherten,[107] weshalb weiterhin die Haftungsordnung und die Modalitäten des originären Regressrechtes entscheidend sein werden. Wie oben dargelegt, hat das Bundesgericht selbst im Hinblick auf die Einordnung der Kausalhaftungen auf eine Auseinandersetzung mit der Haftpflichtordnung als solcher verzichtet.[108] Es bleibt aus diesem Grunde abzuwarten, ob die höchsten Richterinnen und Richter Bereitschaft zeigen werden, Leitlinien für die interne Aufteilung des Schadens zu skizzieren, oder ob dem Gesetzgeber in wohl eher ferner Zukunft der Vorrang zukommen wird, diese nach neuen und sinnvollen Kriterien zu regeln.[109]

6. Noch ungelöste Fragestellungen und Unklarheiten

Durch BGE 144 III 209 hat das Bundesgericht den Schadenversicherer aus der Regresskaskade herausgelöst und ihm durch Einräumung der Subrogation (neu) auch Schadenersatzansprüche gegen Kausalhaftpflichtige zugebilligt und damit diese Frage abschliessend geklärt.

[106] Neu ist das nicht mehr nur auf unerlaubte Handlungen eines Dritten limitierte Regressrecht des Versicherungsunternehmens in Art. 95c VVG der vom Parlament am 19. Juni 2020 verabschiedeten und am 1. Januar 2022 in Kraft tretenden Teilrevision geregelt, dessen Abs. 2 wie folgt lautet: «Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein.»

[107] BGE 130 III 362 E. 5.1.

[108] Vgl. Fn. 101 oben.

[109] WEBER, Regresskaskade, hätte als Möglichkeit die Einbindung der Haftpflichtversicherer in die Subrogationsnorm des vorgeschlagenen Art. 95c VVG-Entwurf 2017 gesehen, der durch das Parlament in der Schlussabstimmung über die Teilrevision VVG vom 19. Juni 2020 nun verabschiedet wurde (vgl. zu dessen Formulierung Fn 106 oben). Weil alleine dadurch die Stufenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR aber noch nicht aus dem Weg geräumt wird, hätte nach WEBER, Revisionsbedürftige Systematik, 448, die Revision zudem auch den Grund dafür darstellen können, Abs. 2 zu streichen oder diesen durch eine neue Formulierung zu ersetzen, als welche nach ihm durchaus die nachfolgende hätte dienen können, die bei der Haftpflichtrevision in Art. 53c des Vorentwurfes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vorgeschlagen worden war: «Auf die beteiligten haftpflichtigen Personen wird der Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände verteilt; zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind.» Mit dieser zu einer sektoriellen Verteilung passenden Formulierung wäre Klarheit darüber geschaffen worden, dass es nur um das Innenverhältnis bei einer Mehrzahl von Haftpflichtigen gegangen war.

Vorexemplar Referenten

Noch unbeantwortet blieben demgegenüber eine Vielzahl von Fragestellungen,[110] von denen zwei kurz angesprochen werden sollen: der Regress für vertragliche Ansprüche und die Aufteilung des Regresssubstrates.

a) Regress auch für vertragliche Ansprüche?

Weil die vertraglichen Schadenersatzansprüche von Art. 72 VVG zweifellos nicht erfasst werden,[111] bleibt nach BGE 144 II 209 die Frage offen, welchem Schicksal diese folgen sollen respektive wie es um die Rückgriffsberechtigung des Eigenschadenversicherers gegen einen aus Vertrag Haftenden steht, dem gemäss der bundesgerichtlichen Gini/Durlemann-Praxis nur bei grobem Verschulden des Vertragshaftenden ein Regress zur Verfügung steht.[112]

Wenngleich das Bundesgericht seine Ausführungen auf das Verhältnis des Versicherers zum Kausalhaftenden beschränkt,[113] hat es sich ausführlich mit der Lehre beschäftigt, die den Einschränkungen des Rückgriffes des Versicherers allgemein kritisch gegenübersteht. Ebenso hat es auf die im Jahr 2011 vorgeschlagene Totalrevision des VVG wie auch auf die laufende Teilrevision des VVG verwiesen, die in Art. 95c Abs. 2 E-VVG eine vollständige Subrogation vorsieht.[114] Diese Überlegungen bieten eine gute Grundlage, die Gini/Durlemann-Praxis aufzugeben.[115] Es wäre nicht nur widersprüchlich, die Expansion auf vertraglich Haftende wieder zurückzunehmen, wenn die Tendenz klar in Richtung integrales Regressrecht geht,[116] sondern es dürfte vielmehr auch der weiter eingeschränkte Rückgriff des Versicherers gegen einen vertraglich Haftenden nicht einfach zu begründen sein, wenn gleichzeitig der Regress gegen einen Kausalhaftenden ohne dieselbe Einschränkung zulässig sein soll. Weil Art. 51 OR nicht mehr auf Eigenschadenversicherer anzuwenden ist und eine direkte Anwendung von Art. 72 VVG für den Rückgriff gegen den aus Vertrag Haftenden ausscheidet, drängt sich die analoge

110 Exemplarisch anzusprechen sind in diesem Zusammenhange neben den sich aufdrängenden, intertemporalrechtlichen Fragen die Unklarheiten hinsichtlich Verjährung der Rückgriffsansprüche der Schadenversicherer einerseits und der Haftpflichtversicherungen andererseits, aber auch der Bedeutung des Entscheides für den sogenannten Umkehrregress gegen den (Eigen-)Schadenversicherer.

111 In Erinnerung zu rufen ist, dass Bestimmung von Art. 72 VVG weder absolut noch relativ zwingend ist und sich die Versicherungsunternehmen folglich die Forderungen ihrer Versicherten abtreten lassen können; WEBER, Regresskaskade, 359.

112 Vgl. III.B.3.b) oben.

113 BGE 144 III 209 E. 2.6.

114 BGE 144 III 209 E. 2.2–2.5.

115 CASANOVA, 332.

116 WEBER, Regresskaskade, 359 unter Verweis auf BGE 144 III 209 E. 2.6, wo von einer Gleichbehandlung mit den (subrogierenden) Sozialversicherern die Rede ist.

Voraexemplar Rezenzenten

Anwendung von Art. 72 VVG als gangbare Lösung auf.[117] Dies umso mehr, als aufgrund der Verabschiedung der Teilrevision des VVG durch das Parlament am 19. Juni 2020 ein Inkrafttreten der neu für die Versicherungen geschaffenen Subrogationsnorm von Art. 95c Abs. 2 VVG am 1. Januar 2022 unmittelbar bevorsteht.

b) Aufteilung des Regresssubstrates

Das Bundesgericht hat den Schadenversicherer aus der Regresskaskade herausgelöst, ihm (neu) die Subrogation zuerkannt und ihn damit als Privatversicherer neben die ex lege subrogierenden Sozialversicherer gestellt. Aus diesem Grunde ist das Verhältnis unter diesen hinsichtlich der ihnen je zustehenden Regressansprüche zu klären.

Als Lösungsansatz bei mehreren Regressgläubigern bietet sich neben der Rangfolgemethode, die auf den Zeitpunkt des Rechtsübergangs abstellt, die Proportionalmethode zur anteilsmässigen Verteilung an. Versicherer, die sich auf ein integrales Regressrecht berufen, treten von Gesetzes wegen im Ereigniszeitpunkt in die Haftpflichtansprüche ein. Nur die der geschädigten Person verbleibenden Restansprüche können deshalb bei Anwendung der Rangfolgemethode an Versicherer abgetreten werden, die sich auf die originäre Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR und Art. 72 VVG stützen müssen, weshalb ihre Regressansprüche nachrangig zu befriedigen sind. Während das Regressbetreffnis dabei vorab unter den subrogationsberechtigten Versicherern nach der Proportionalmethode verteilt wird, kommen die originär Regress nehmenden Versicherer, die bei Zahlung ihrer Leistungen in die Haftpflichtansprüche eintreten, erst anschliessend zum Zuge.[118]

Die Rangfolgemethode befriedigt dann nicht, wenn die originär regressberechtigten Versicherer koordinierte, kongruente und an den Haftpflichtanspruch angerechnete Schadenleistungen erbringen. Deshalb wird auch für sie richtigerweise ein proportionales Partizipieren am Regresssubstrat im Umfange ihrer Leistungen propagiert.[119] Davon betroffen sind vorweg die Arbeitgeber im Umfang der Lohnfortzahlungspflicht, die Taggeldversicherer für Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, die Zusatzversicherer zur obligatorischen UV, die Opferhilfe und die Vorsorgeeinrichtung für die weiter gehenden Vorsorgeleistungen.[120] Aber auch sämtlichen

117 CASANOVA, 332.
118 BECK, N 6.194.
119 RUMO-JUNGO, 453 f.
120 BECK, N 6.196.

Vorabdruck Referenten

anderen der neu seitens des Bundesgerichtes aus der Regresskaskade herausgelösten Schadenversicherer ist das Recht eines proportionalen Partizipierens zuzugestehen. Weil nur die sachlich und zeitlich kongruenten Leistungen zum Regress zugelassen werden, bleibt es einer Versicherung verwehrt, für besonders grosszügige ausserobligatorische Leistungen am Regress teilzuhaben.[121]

IV. Einzelfragen

A. Solidarität (auch) für regressierende Sozialversicherungen

Dem durch die Eidgenössische Invalidenversicherung am 1. Dezember 1997 vor Amtsgericht Thal-Gäu eingeklagten Regressanspruch wurde seitens des Bundesgerichtes im November 2002 abschliessend stattgegeben. Dabei hat das höchste Gericht die regressseitig seit jeher vertretene und von Haftpflichtversicherungen bis zum damaligen Zeitpunkt nicht selten vehement bestrittene Meinung bejaht, wonach sich die durch Subrogation in die Rechtsstellung der geschädigten Person tretende Invalidenversicherung im Umfange des Gesamtregresses zufolge Solidarität wahlweise gegen jeden Haftpflichtigen richten konnte.[122]

Damit erging ein klärender Entscheid keine zwei Monate vor Inkrafttreten des ATSG, in welchem die solidarische Haftung mehrerer Haftpflichtiger gegenüber obligatorischen Versicherungsträgern dann ohnehin ihre gesetzliche Verankerung fand.[123]

1. Sachverhalt

Die Lenkerin eines Fiat Uno ihres Partners verlor am 3. Dezember 1993 aus unbekannten Gründen die Herrschaft über das von ihr gelenkte Fahrzeug. Auf einer Autobahnverzweigungsrampe geriet ihr Personenwagen gegen die rechte Strassenseite, begann zu schleudern, driftete nach links weg und fiel auf die Überholspur der N1, wo es zur Kollision mit einem korrekt daher fahrenden Personenwagen kam. Von den dabei erlittenen, schwersten Hirnverletzungen sollte sich die Lenkerin nicht mehr erholen. Ohne je aus dem Koma erwacht zu sein, verstarb sie

121 RUMO-JUNGO, 456. Bei den die jeweiligen Einzelschadenpositionen übersteigenden Abgeltungen dürfte es sich ohnehin um nicht anrechenbare Summenversicherungsleistungsanteile handeln.

122 Urteil des BGer 4C.208/2002 vom 19. November 2002.

123 Art. 72 Abs. 2 ATSG, i.K. seit 1. Januar 2003.

Vorexemplar Patienten

sechs Jahre nach dem Unfallereignis im Januar 2000. Die Eidgenössische Invalidenversicherung klagte die von ihr bis zu diesem Zeitpunkt ausgerichteten Invalidenrentenleistungen gegenüber der Halterhaftpflichtversicherung des von der Versicherten gelenkten Fahrzeuges ein.

2. Erwägungen

a) Keine Mithalterschaft der Lenkerin

Nach den Darlegungen des Bundesgerichtes konnte die vom Halter verschiedene Lenkerin als aktivlegitimierte Geschädigte im Sinne von Art. 58 Abs. 1 SVG und Art. 65 Abs. 1 SVG Ansprüche aus der Betriebsgefahr dessen Fahrzeuges gegen die Haftpflichtversicherung ableiten, was als Grundsatz auch im Regress der Sozialversicherung galt. Weil ihr Freund bestimmte, wer den Fiat Uno letztendlich benutzen durfte und dieser auch die Kosten für Steuern und Versicherung getragen hatte, war die Verfügungsgewalt über das Unfallfahrzeug bei ihm geblieben. Hieran hatte auch das mehrheitliche Benutzen durch die verunglückte Partnerin und deren Benzinkostentragung nichts zu verändern vermocht, weshalb sie in Anwendung des eng auszulegenden materiellen Halterbegriffes nicht zur Mithalterin wurde.[124]

b) Sozialversicherung steht ausserhalb der solidarisch Haftpflichtigen

Die der Sozialversicherung zustehende Subrogation setzt voraus, dass diese mit ihren Leistungen einen entsprechenden Schaden ausgleicht.[125] In diesem Rahmen gehen auch alle akzessorischen Vorzugs- und Nebenrechte des Haftpflichtanspruchs der Geschädigten, die nicht uneingeschränkt mit deren Person verbunden sind, auf die Sozialversicherung über. Die Rechtsposition des weder besser noch schlechter zu stellenden Haftpflichtigen soll dabei grundsätzlich unberührt bleiben. Weil der Sozialversicherung ein integrales Regressrecht zusteht und ihr der Rückgriff gegen sämtliche Ersatzpflichtigen unabhängig der entsprechenden Rechtsgrundlage möglich ist, untersteht sie nicht der Rangordnung von Art. 51 OR.[126] Den in der Lehre teilweise vertretenen Meinungen, wonach dem regressierenden Sozialversicherer lediglich ein anteilsmässiges Regressrecht zustehen solle, konnte das Bundesgericht nicht folgen. Weil die Geschädigte nicht die Wahl

124 Urteil des BGer 4C.208/2002 vom 19. November 2002 E. 1.1–1.3.

125 Der Regress der Invalidenversicherung stützte sich zum damaligen Zeitpunkt noch auf Art. 52 IVG i.V.m. Art. 48ter AHVG.

126 Urteil des BGer 4C.208/2002 vom 19. November 2002 E. 2.1.1.

Vorexemplar Referenten

hat, ob sie die Sozialversicherung oder die Haftenden direkt belangen will, soweit ihr Sozialversicherungsleistungen zustehen, unterscheidet sich die Stellung der Sozialversicherung von derjenigen der gemäss Art. 60 Abs. 1 SVG solidarisch Haftenden. Die Sozialversicherung ist gerade keine Haftpflichtige, sondern eine «haftpflichtfremde Ersatzpflichtige» und steht ausserhalb der Solidarität.[127]

3. Fazit

Mit diesem Entscheid hat das Bundesgericht eine lange umstrittene Frage einer wünschenswerten Klärung zugeführt. Zuvor hatten sich die Haftpflichtversicherer in Befolgung einer Empfehlung der Schadenleiterkonferenz aus dem Jahre 1993 geweigert, den regressierenden Sozialversicherungen die Solidarität zuzuerkennen. In einer Vielzahl von Fallkonstellationen mit mehreren Haftpflichtigen sahen sich diese deshalb dazu veranlasst, ihre Regressforderungen aufteilen zu müssen, was einer angezeigt zügigen Erledigung der Sozialversicherungsregresse hinderlich gewesen war. Weil es für die Einschränkung des Umfangs des Forderungsübergangs des Sozialversicherers einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage ermangelte, war der höchstrichterliche Entscheid folgerichtig.[128]

B. Bestand und Rechtmässigkeit von Rentenverfügungen

Ein durch die Eidgenössische Invalidenversicherung im März 2003 vor Kreisgericht St. Gallen initiierter Prozess fand im Januar 2006 vor Bundesgericht ein für sie erfolgreiches Ende.[129] In seinem abschliessenden Urteil bestätigte das Bundesgericht, dass es sich bei den seitens der Klägerin erbrachten Leistungen um gesetzliche Leistungen nach den Art. 48 aAHVG i.V.m. Art. 52 aIVG handelte. Weil die Haftpflichtversicherung dem Geschädigten unter dem Titel Erwerbsausfall ein Mehrfaches des eingeklagten Betrages bezahlt hatte,[130] bestand für die Invalidenversicherung kein Anlass, ihre Forderung aus Subrogation näher zu substanziieren. Verfügten Rentenleistungen wäre nur dann die Rechtmässigkeit abzusprechen, wenn die Verfügung nichtig oder Mangel behaftet war. Aus Gründen der Rechtssicherheit und aus prozessökonomischen Überlegungen hat das Sachgericht

127 Urteil des BGer 4C.208/2002 vom 19. November 2002 E. 2.1.2.
128 Vgl. auch FRÉSARD-FELLAY, Solidarité, 143 ff.
129 Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006.
130 Für den sich bis 1997 ergebenden, vorübergehenden Erwerbsausfall waren seitens der Haftpflichtversicherung CHF 50'000 bezahlt worden, für den ab April 1997 kapitalisierten Erwerbsausfall CHF 440'000.

Vorexemplar Referenten

nach Meinung des Bundesgerichtes in einem Regressprozess zur Frage der Leistungsansprüche nicht noch einmal denselben Aufwand zu betreiben wie die Sozialversicherung.[131]

1. Sachverhalt

Ein im Unfallzeitpunkt 53 Jahre alter, selbständig erwerbstätiger Arzt wurde kurz vor Weihnachten 1993 an der Bahnhofstrasse in St. Gallen auf einem Fussgängerstreifen von einem Personenwagen erfasst und dabei schwer verletzt. Aufgrund der erlittenen Hirnprellung (contusio cerebri), der mehrfachen Schädelbrüche und eines Oberarmbruches beim linken Schultergelenk sprach ihm die Eidgenössische Invalidenversicherung eine halbe ordentliche Invalidenrente, eine Zusatzrente für die Ehefrau und eine Kinderrente zu. Mit Verzicht vom April 2000 erlosch die Ausrichtung der halben Rente und der Zusatzrente an die Ehefrau. Aufgrund der ausserordentlich guten finanziellen Verhältnisse des Arztes hatte das Bundesamt für Sozialversicherungen seine Zustimmung zum Verzicht erteilt.[132] Die (regressierbaren) Rentenleistungen an den Arzt und seine Angehörigen waren deshalb auf CHF 99'588.35 begrenzt.

2. Erwägungen

a) Nachweis des (unfallkausal) erlittenen Erwerbsschadens

Nach Meinung des Bundesgerichtes hatte die Klägerin insbesondere zu beweisen, dass der bei ihr versicherte Geschädigte durch den Betrieb des Motorfahrzeuges des bei der Beklagten versicherten Halters verletzt worden war und dass er dadurch in adäquat kausaler Weise einen (Erwerbs-)Schaden erlitten hatte. Der Invalidenversicherung oblag demnach die Substanziierungslast für den behaupteten Erwerbsschaden.[133] Aus den vorinstanzlichen Akten war eine ereigniskausale, längere Spital- und Klinikbehandlung des Geschädigten ersichtlich und es liess sich diesen auch entnehmen, dass er zwar wieder vollzeitlich, aber «bedingt leistungsfähig» seine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte. Die Beklagte stellte nach Ansicht des Bundesgerichtes weder die Darstellung der grundsätzlichen Haftung durch die Vorinstanz in Frage noch bestritt sie, dass ein Schaden aus

Vorexemplar Referenten

131 Selbst allenfalls zu Unrecht erbrachte Leistungen würden nach Meinung des Bundesgerichtes keine Entlastung des Haftpflichtigen rechtfertigen; so das Urteil des BGer 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013; vgl. dazu BITTEL, Eingliederung, 46 f.

132 Weshalb dieser Aspekt in der Sachverhaltswiedergabe im höchstrichterlichen Entscheid nicht enthalten ist, ist dem Verfasser dieser Zeilen nicht bekannt.

133 Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006 E. 3.2.

Erwerbsausfall zumindest implizit behauptet worden wäre.[134] Weil bundesrechtlich keine Verpflichtung besteht, über behauptete Tatsachen Beweis zu führen, die unbestritten geblieben sind, musste die Vorinstanz keine konkrete Bestreitung einzelner Haftungsvoraussetzungen und insbesondere der Höhe des vom Geschädigten erlittenen Erwerbsausfalles ableiten. Nachdem die Beklagte dem Geschädigten aktenkundig ein vergleichsweise Mehrfaches des eingeklagten Betrages unter dem Titel Erwerbsaufall bezahlt hatte, bestand für die Invalidenversicherung kein Anlass, ihre Forderung aus Subrogation näher zu substanziieren, weshalb das Bundesgericht die Schadensannahme der Vorinstanz beweisrechtlich als erstellt und rechtens erachtete.[135]

b) Rechtmässigkeit der Rentenleistungen

Die regelmässig in einer Verfügung oder im formlosen Verfahren festgesetzten, sozialversicherungsrechtlichen Leistungen haben nur dann keinen Bestand, wenn sie nichtig sind oder wenn gegen sie ein Rückkommenstitel besteht. Dies trifft zu, wenn die Verfügung an einem Mangel leidet, der zur Wiedererwägung führen kann. Die regressierende Sozialversicherung kann sich im Hinblick auf die Gesetzlichkeit der zur Diskussion stehenden Leistungen an sich damit begnügen, auf die rechtsbeständige Verfügung zu verweisen.[136] Sofern der beklagte Haftpflichtige behauptet, die fragliche Verfügung sei als zweifellos unrichtig in Wiedererwägung zu ziehen, ist für die nach dem herrschenden Rechtszustand im Zeitpunkt des Verfügungserlasses vorzunehmende Beurteilung ein strenger Massstab anzulegen. Werden dazu nicht hinreichend konkrete Behauptungen vorgebracht, stützt der Zivilrichter auf die Erkenntnisse des sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens ab.[137]

[134] Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006 E. 3.3.

[135] Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006 E. 3.4 und 3.5.

[136] Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006 E. 4.1. Aus Gründen der Rechtssicherheit und aus prozessökonomischen Überlegungen hat das Sachgericht in einem Regressprozess zur vorfrageweisen Feststellung der Regressansprüche der IV nicht noch einmal denselben Aufwand zu betreiben wie die zuständigen Behörden der Sozialversicherer.

[137] Die Sozialversicherer sind im Rahmen des Abklärungsverfahrens ein der Neutralität und Objektivität verpflichtetes Organ des Gesetzesvollzuges; vgl. BGE 139 V 99 E. 2.1 und 136 V 376 E. 4.1.2. Selbst allenfalls zu Unrecht erbrachte Leistungen würden keine Entlastung des Haftpflichtigen rechtfertigen; Urteil des BGer 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 9.2.

Vorexemplar Referenten

3. Fazit

Weil es an der klagenden Sozialversicherung im Regressprozess ist, sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und unter Beweis zu stellen, und weil hernach die beklagte, haftpflichtige Partei die rechtsaufhebenden bzw. rechtshindernden Tatsachen in den Prozess einzubringen und diese unter Beweis zu stellen hat, war der vorgenannte Entscheid des Bundesgerichtes zu begrüssen. Die Substanziierungslast der Sozialversicherung wurde dadurch höchstrichterlich zumindest für den ersten Schriftenwechsel wesentlich herabgesetzt. Nur wenn der beklagte Haftpflichtige die zweifellose Unrichtigkeit begründet darlegen kann, wird der regressierende Sozialversicherer gehalten sein, dazu substanziiert Stellung zu beziehen.[138] Eine sich an praktischen Bedürfnissen orientierende Rechtsprechung darf und soll sich getrost am Grundsatz orientieren, dass das Zivilgericht zur vorfrageweisen Feststellung von Leistungsansprüchen nicht noch einmal denselben Aufwand zu betreiben hat wie die jeweils zuständige Behörde der Sozialversicherung.[139]

C. Kein fiktives Befriedigungsvorrecht

Nicht unerwähnt bleiben soll das Urteil des Bundesgerichtes 4A_246/2008 vom 23. September 2008,[140] in welchem dem Bestand eines wiederholt aufflackernden, fiktiven Befriedigungsvorrechtes im Jahre 2008 eine klare Absage erteilt wurde. Seither dürften sowohl verjährte als auch nicht beglichene und nicht mehr durchsetzbare Forderungen einer geschädigten Person dem regressierenden Sozialversicherer durch die Haftpflichtversicherer kaum mehr erfolgreich entgegen gehalten werden können.[141]

1. Sachverhalt

Anlässlich Ihrer Geburt erlitt die am 29. Januar 1990 geborene Versicherte aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung des Gynäkologen einschneidende zerebrale

138 SCHMID, Regressabwicklung, 153 f.

139 SCHMID, Hohe Hürden, 192 f., unter Verweis auf das Urteil des BGer 4C.374/2005 vom 10. Januar 2006 E. 4.1.

140 Teilweise wiedergegeben in BGE 134 III 636.

141 Auch ein «fiktives Quotenvorrecht» als Verteilungsvorrecht wurde seitens des Bundesgerichtes ausdrücklich als fragwürdig bezeichnet, obschon dieser Aspekt bei der zu beurteilenden Fallkonstellation gar nicht hatte entschieden werden müssen, BGE 134 III 636 E. 1.3.1.; zum Urteilsinhalt: SCHWARZ, 34 ff.

Vorexemplar Referenten

Schädigungen. Sie leidet seither unter einer schweren tetraspastischen Bewegungsstörung, ist vollständig invalid, wird nie arbeiten können und zeitlebens in hohem Masse auf die Hilfe Dritter angewiesen sein. Während der (neue) Rechtsvertreter der Geschädigten die Genugtuung der Mutter gegen die Haftpflichtversicherung des Gynäkologen erfolgreich erstritt und abschliessend vor Bundesgericht im Mai 2003 obsiegte,[142] hatte der erste Rechtsvertreter die Ansprüche der Geschädigten gegenüber dem uneingeschränkt haftenden Gynäkologen aus dem Verhandlungsvertrag verjähren lassen.

Die Eidgenössische Invalidenversicherung, die seit 1990 Leistungen an das geschädigte Mädchen erbracht hatte, leitete den Regressprozess über etwas mehr als CHF 2,5 Mio. im Jahr 2005 vor dem Amtsgericht Solothurn-Lebern ein, das Jahre zuvor schon mit der Beurteilung der Genugtuungsansprüche der Mutter befasst gewesen war. Die in den Prozess involvierten Parteien – die klagende Invalidenversicherung und der fehlbare Gynäkologe und dessen Haftpflichtversicherung, die der Streitverkündung Folge geleistet hatte – beschlossen in einer Parteivereinbarung u.a. einen prozessualen Parteiwechsel. Nachdem man sich zu den Fragen der natürlichen und der adäquaten Kausalität und der Haftung vergleichsweise zugunsten der Eidgenössischen Invalidenversicherung geeinigt hatte, trat die Haftpflichtversicherung des Gynäkologen in den Prozess ein. Zu klären waren nurmehr die Folgen des Deckungs- bzw. Befriedigungsvorrechtes[143] und damit die Antwort auf die Frage, wem der zufolge Verjährung der Direktansprüche nicht konsumierte Rest der Deckungssumme zustand, der regressierenden Sozialversicherung oder der Haftpflichtversicherung.

2. Erwägungen

a) Inhalt und Ausgestaltung des Quotenvorrechtes

Das Quotenvorrecht zugunsten des Geschädigten bedeutet, dass die Versicherung nicht zu dessen Nachteil Regress nehmen darf. Ersetzt sie nur einen Teil des Schadens, so kann die Geschädigte den nicht gedeckten Teil vom Haftpflichtigen einfordern und der Versicherung steht ein Regressanspruch nur im Rahmen des danach noch verbleibenden Haftungsanspruchs zu. Das in Art. 48^{quater} aAHVG vorgesehene Quotenvorrecht (neu Art. 73 Abs. 1 ATSG) kann als Verteilungsvorrecht vorkommen, wenn der geschädigten Person aus rechtlichen Gründen nicht

142 Urteil des Bundesgerichts 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003.

143 Das Befriedigungsvorrecht, dessen unveränderter Wortlaut ab 2003 in Art. 73 Abs. 3 Satz 2 ATSG (SR 830.1) Aufnahme fand, war zum Zeitpunkt der Geburt der Geschädigten am 29. Januar 1990 noch in Art. 48^{quater} Abs. 2 Satz 2 aAHVG enthalten.

Vorexemplar Referenten

die volle Befriedigung zukommt. Es kann aber auch als Befriedigungs- oder Deckungsvorecht zum Tragen kommen, wenn der Haftpflichtige aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, beide gegen ihn gerichtete Forderungen zu befriedigen.[144]

In einem obiter dictum liess das Bundesgericht im selben Entscheid anklingen, dass der Umstand, dass dem Quotenvorrecht nur im Bereich der Leistungskoordination Bedeutung zukomme, es als fragwürdig erscheinen lasse, beim Verteilungsvorrecht nach Art. 48^{quater} Abs. 1 aAHVG (bzw. neu Art. 73 Abs. 1 ATSG) bei verjährtem Direktanspruch ein «fiktives Quotenvorrecht» zu anerkennen.[145]

b) Kein Anwendungsfall des Befriedigungs- oder Deckungsvorrechtes

Die Haftpflichtversicherung als Beschwerdeführerin hielt dem Regressanspruch der Invalidenversicherung als Beschwerdegegnerin nur das Befriedigungsvorrecht der Geschädigten (Art. 48^{quater} Abs. 3 Satz 2 aAHVG, neu Art. 73 Abs. 3 Satz 2 ATSG) entgegen, gemäss dem zuerst die Ansprüche der Versicherten zu befriedigen sind, falls nur ein Teil des vom Haftpflichtigen geschuldeten Ersatzes eingebracht werden kann. Diese Argumentation erfolgte gemäss Bundesgericht deshalb vergeblich, weil die Subrogation bei ungenügendem Haftungssubstrat nicht beschränkt wird, sondern der Sozialversicherer vollständig in die Schadenersatzforderung der Geschädigten eintritt und eine Rangordnung nur dann notwendig ist, wenn mehrere Gläubiger auf ungenügendes Haftungssubstrat greifen können. Kann der Gläubiger zufolge Verjährungseintrittes seine Ansprüche nicht mehr durchsetzen oder macht er sie aus anderen Gründen nicht geltend, so bleibt für eine Rangordnung für den Zugriff auf das Haftungssubstrat kein Raum.[146]

Der Wortlaut nach Art. 48^{quater} Abs. 3 Satz 2 aAHVG spricht dagegen, dass zum geschuldeten Ersatz, der nur teilweise eingebracht werden kann, auch verjährte Ersatzansprüche der Versicherten gezählt werden. Muss der Ersatzpflichtige nicht mehr leisten, weil er dem Geschädigten die Verjährungseinrede entgegenhält, so kann von einem nur teilweise eingebrachten Ersatz nicht die Rede sein und dem Haftpflichtigen muss es nach Meinung des Bundesgerichtes verwehrt bleiben, sich auf eine (fiktive) vorgängige Befriedigung des Versicherten zu berufen.

144 BGE 134 III 636 E. 1.3.1.

145 BGE 134 III 636 E. 1.3.1., in fine.

146 BGE 134 III 636 E. 1.3.2 mit Verweis auf FRÉSARD-FELLAY, Rz. 1121 ff., und KOLLY, 305, die zum selben Schluss kommen, ohne zwischen dem Befriedigungsvorrecht und dem im vorliegenden Verfahren nicht in Frage stehenden Quotenvorrecht im Sinne des Verteilungsvorrechtes zu unterscheiden.

Vorexemplar Referenten

Das Befriedigungsvorrecht wurde unter anderem zum Schutz gegen Zahlungsunfähigkeit des Haftpflichtigen erschaffen. Kann der Geschädigte die Direktforderung nicht mehr durchsetzen, erübrigt sich ein solche Protektion.[147]

c) Unbekanntes Vermögen des Arztes

Eine Berufung auf das Befriedigungsvorrecht erachtete das Bundesgericht in casu ohnehin als zum vornherein ausgeschlossen, weil über die finanzielle Situation des Arztes nichts bekannt gewesen war. Aus der maximalen Deckungssumme der Haftpflichtversicherungspolice alleine ergab sich noch kein Ungenügen des Haftungssubstrates. Weil die Haftpflichtversicherung den Nachweis nicht erbracht hatte, dass das verwertbare Vermögen des haftpflichtigen Arztes nicht ausreichen würde, um den nicht übernommenen Teil des ersatzpflichtigen Schadens zu decken, waren die Voraussetzungen für das Befriedigungsvorrecht ohnehin nicht erfüllt.[148]

3. Fazit

Das Bundesgericht differenziert im vorliegenden Entscheid zwischen dem Quotenvorrecht als Verteilungsvorrecht und dem Quotenvorrecht als Befriedigungs- oder Deckungsvorrecht. Letzteres stellt Teil des materiellen Rechts dar, ist aber eher vollstreckungsrechtlicher Natur. Sofern einem Schuldner nicht mehrere Gläubiger gegenüberstehen, stellt sich richtigerweise keine Frage nach einer Rangfolge, weshalb das Befriedigungsvorrecht auch nicht zum Zuge kommen kann.

Obschon der Aspekt des «fiktiven Quotenvorrechtes» als Verteilungsvorrecht bei der zu beurteilenden Fallkonstellation nicht hatte entschieden werden müssen, hat das Bundesgericht auch diese Variante explizit als fragwürdig bezeichnet und damit zu erkennen gegeben, dass es einem solchen Einwand nicht stattgeben würde.

D. Regressprivilegien stören die Koordination

Das Urteil des Bundesgerichtes 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016[149] war eine Fundgrube für die Beantwortung verschiedener in Regressprozessen von den jeweiligen Haftpflichtversicherungen eingebrachten prozess-

Vorexemplar Referenten

[147] BGE 134 III 636 E. 1.3.2.
[148] Urteil des BGer 4A_246/2008 vom 23. September 2008 E. 2, nicht amtl. publiziert; vgl. auch SCHWARZ, 36.
[149] Teilweise publiziert in BGE 143 III 79.

und materiellrechtlichen Fragestellungen.[150] Leider wurden mit diesem Urteil aber nicht nur Probleme gelöst, sondern für den Sozialversicherungsregress auch ein neues Minenfeld begründet. So kam das Bundesgericht bei der Frage der Auswirkungen des Regressprivileges nach Art. 75 Abs. 2 ATSG auf die Regressforderung der Sozialversicherer bei mehreren Haftpflichtigen zum Schluss, dass die Reduktion des Regressanspruches zu erfolgen habe, indem eine interne Haftungsaufteilung zwischen den beiden Haftpflichtigen stattfinde, wie wenn das Sonderrecht des Privileges nicht spielen würde.[151] Die sich aus dieser Operation ergebende Quote des Privilegierten habe der subrogierende Versicherer zu tragen, sodass der Dritthaftpflichtige nur für seinen internen Anteil geradestehen müsse.[152]

1. Sachverhalt

Eine Baufirma war beauftragt worden, die Kanalisationsleitungen und die Schächte in der Hauptstrasse einer Gemeinde zu sanieren und abzudichten. Die Arbeiten an der wieder in Betrieb genommenen Kanalisationsleitung waren am Unfalltag des 8. September 2004 bereits abgeschlossen, als ein Arbeiter der Baufirma nach der Mittagspause im Beisein eines Poliers und eines Maschinisten damit beschäftigt war, die Fliessrinne am Schachtboden eines neuen Abwasserkontrollschachtes auszubilden und die Schachtfugen abzudichten. Während seiner Arbeiten entzündete sich an der von ihm gerauchten Zigarette im Schacht befindliches Gas, wodurch Oberkörper und Haare des Geschädigten Feuer fingen. Aus eigener Kraft und mithilfe seiner Arbeitskollegen konnte er aus dem Schacht steigen, wo das Feuer an seinem Körper gelöscht werden konnte. Gleichzeitig kam es zu einer Gasexplosion oder Gasverpuffung, wodurch entlang der Kanalisationsleitungen an mehreren Stellen Schachtdeckel zumindest abgehoben wurden. Während die anlässlich des Unfalles erlittenen und in den Folgewochen des Unfalles spezialärztlich versorgten Brandverletzungen gut abheilten, persistierten (umstrittene) psychische Folgen.

Die Sozialversicherer (Suva, AHV und IV) hatten beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Versicherung des Gaswerkes Regressansprüche in Höhe von CHF 1,3 Mio. für die an den Geschädigten bereits bezahlten und noch auszurichtenden Sozialversicherungsleistungen eingeklagt. Weil das ausgetretene und entzündete Gas aus einer lecken Gasleitung des örtlichen Gaswerkes stammte, hatte nach Meinung der Sozialversicherer dessen Haftpflichtversicherung gestützt auf

Vorexemplar Referenten

150 Zu den im Entscheid gelieferten Erkenntnissen, vgl. BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern, 318.
151 Zu den dogmatisch und wertungsmässig fragwürdigen Aspekten, vgl. BITTEL/STUDHALTER 112 ff.
152 BGE 143 III 79 E. 6.2.1.

das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- und Treibstoffe[153] für den Schaden des geschädigten Arbeiters der Baufirma und damit auch für die Sozialversicherungsregresse zu haften.

Dem Handelsgericht Zürich erschien es in einem ersten Urteil nicht gerechtfertigt, dass die Sozialversicherer einen Schaden mittragen sollten, den sie in keiner Weise verursacht hatten und für welchen die nicht privilegierte Haftpflichtige, die Haftpflichtversicherung des Gaswerkes, aufgrund von Art. 33 RLG unabhängig des Verhaltens eines Drittem haftet und für den sie selbst dann einzustehen hätte, wenn ein schweres Drittverschulden vorliegen sollte, das nach Art. 33 Abs. 2 RLG keinen Entschuldigungsgrund darstellt.[154] Die Herabsetzung des Schadenersatzes wegen behaupteten Drittverschuldens der Arbeitgeberin lehnte das Handelsgericht noch mit der Begründung ab, dass die Verteilung des Schadenersatzes nicht das Aussenverhältnis beschlage, sondern auf das Innenverhältnis der Haftpflichtigen zu verlegen wäre.[155] Wie einleitend dargelegt, folgte das hernach angerufene Bundesgericht dieser Argumentationslinie nicht. Es hob den Entscheid mit Urteil vom 15. Dezember 2016 auf und wies den Fall zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Soweit eine Haftung des Gaswerkes bestehe und sofern diesem der Beweis gelinge, dass die Arbeitgeberin eine Haftung treffe, werde das Handelsgericht Zürich über die Berücksichtigung des Regressprivileges neu zu entscheiden haben.[156, 157]

153 Rohrleitungsgesetz, RLG [SR 746.1].

154 Urteil des HGer ZH 140095 vom 4. April 2016 E. 4.2 mit Verweisen.

155 Urteil der HGer ZH 140095 vom 4. April 2016 E. 10.3.

156 BGE 143 III 79 E. 6.2.2.

157 Das Handelsgericht Zürich entschied mit Urteil HG170033-O vom 3. Juli 2017 auf vollumfängliche Abweisung der Sozialversicherungsregresse, weil die (unbestritten gebliebene) Haftung der Arbeitgeberin rechtsgenüglich behauptet worden und keine Sorgfaltspflichtverletzung des Gaswerkes erstellt war. Da aufgrund der zur Anwendung gelangenden Regresstreppe nach Art. 51 Abs. 2 OR die Arbeitgeberin an zweiter Stelle und das Gaswerk erst an dritter Stelle folge, schlage das Regressprivileg voll durch, weshalb nach handelsgerichtlichem Erkenntnis eine Haftungsquote von 0% resultiere (E. 9.6–9.8). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, teilweise wiedergegeben in BGE 144 III 319 E. 5, die strikte Anwendung der Regresstreppe nach Art. 51 Abs. 2 OR in Zusammenspiel mit Art. 34 RLG dann abschliessend als nicht gerechtfertigt qualifiziert. Wenn ein betriebstechnisches Risiko des Betreibers der Rohrleitung zum Unfall beigetragen und das (mangels Bestreitens erstellte) vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers die Gefahrsverwirklichung ausgelöst habe, dann sei der Schaden in Abweichung der starren Stufenfolge von Art. 51 Abs. 2 OR hälftig zwischen dem Gaswerk und der Arbeitgeberin aufzuteilen, weshalb ein Haftungsanteil von 50% der kausalen Regressforderung zulasten des Gaswerkes resultiere (E. 5). Der Sozialversicherungsregress ist von den Parteien hernach aussergerichtlich einer abschliessenden Erledigung zugeführt worden.

Vorexemplar Reichmuth

2. Erwägungen

Zu den Auswirkungen des Regressprivileges nach Art. 75 Abs. 2 ATSG auf die Regressforderungen der Sozialversicherer bei mehreren Haftpflichtigen lagen zum damaligen Zeitpunkt noch keine abschliessenden, höchstrichterlichen Darlegungen vor.[158] Nach Meinung des Bundesgerichtes fehlt es an einer inneren Rechtfertigung dafür, dass sich die Sozialversicherer am nicht privilegierten Haftpflichtigen schadlos halten können. Deshalb hat nach dessen Auffassung die interne Haftungsaufteilung zwischen den beiden Haftpflichtigen stattzufinden, wie wenn das Sonderrecht nicht spielen würde und der subrogierende (Sozial-)Versicherer hat die sich ergebende Quote des Privilegierten zu tragen, während der Dritthaftpflichtige nur für seinen internen Anteil geradestehen muss. Grundlage für die wertungsmässige Rechtfertigung, den Regress gegenüber dem nicht privilegiert haftpflichtigen Gaswerk auf den internen Anteil zu begrenzen, den es mit und neben dem Arbeitgeber zu tragen hätte, wenn das Privileg nicht bestünde, stellt nach Meinung des Bundesgerichtes die bei einer vollen Regressmöglichkeit eintretende Bereicherung der Sozialversicherer dar.[159] Die Versicherungsdeckung der Arbeitnehmer ist gemäss den bundesgerichtlichen Ausführungen die Gegenleistung für die das Privileg rechtfertigenden Prämienzahlungen.[160]

Aus dogmatischer Optik sieht das Bundesgericht im Privileg des Mitverursachers einen Reduktionsgrund für die Haftung des nicht privilegierten Haftpflichtigen. Weil es sich um einen Umstand aus dem Verantwortungsbereich des Gläubigers handelt, für den er nach Art. 44 Abs. 1 OR einzustehen hat, muss sich der Sozialversicherer den Vorteil anrechnen lassen, der seinen Arbeitgebern zugestanden wird.[161,162]

Dem Argument der Lehre, die im Sinne einer richtigen Schadens- bzw. Kostenallokation und der Verhaltenssteuerung eine volle Haftung des nicht privilegierten Haftpflichtigen gegenüber den Sozialversicherern deshalb befürwortet, weil die

[158] BGE 143 III 79 E. 6.1.2.

[159] Dieser wertungsmässigen Rechtfertigung ist entgegenzuhalten, dass sich dieser Einwand letztlich gegenüber jeglichen Regressansprüchen jeden beliebigen Versicherers unter Einschluss der Haftpflichtversicherer erheben liesse und dass eine risikogerechte Prämiengestaltung im Bereich der gesetzlich festgelegten Beitragssätze der AHV/IV ohnehin nicht möglich wäre; vgl. BITTEL/STUDHALTER 120 f.

[160] BGE 143 III 79 E. 6.1.3.3.

[161] BGE 143 III 79 E. 6.1.3.4.

[162] Art. 44 Abs.1 OR umfasst Umstände, für die der Geschädigte einzustehen hat und die auf die Entstehung oder Verschlimmerung dessen Schadens eingewirkt haben, weshalb sich der Sozialversicherer diese Umstände entgegenhalten lassen muss. Da es sich beim Regressprivileg aber gerade nicht um eine Einrede gegenüber dem Geschädigten handelt, vermag die Berufung auf Art. 44 OR nicht zu überzeugen; vgl. BITTEL/STUDHALTER 119 f.

Voreexemplar Referenzen

Kosten sachlich zutreffend beim Haftpflichtversicherungssystem und damit bei deren Verursachung alloziert werden,[163] begegnet das Bundesgericht im Ergebnis ablehnend. Einzelfälle, in denen nicht privilegierte Haftpflichtige neben Arbeitgebern haften, würden kaum zu einer anderen Ausgestaltung der Prämien und zu einer Verhaltenssteuerung des nicht Privilegierten beitragen. Zudem habe gerade der Sozialversicherer für das von ihm gedeckte Risiko eine Prämie erhalten. Nach Meinung des Bundesgerichtes erscheint es gerechtfertigt, das Regressprivileg bei der Bemessung des Regressanspruchs des Sozialversicherers auf einen Dritten zu berücksichtigen.[164]

3. Fazit

In Übereinstimmung mit den überwiegenden Lehrmeinungen[165] war anzunehmen gewesen, dass der Gesetzgeber mit der für den Sozialversicherungsregress in Art. 72 Abs. 2 ATSG statuierten Solidarität die Regresstreppe für den Sozialversicherungsregress definitiv entsorgt hatte, weil die regressierenden Sozialversicherungen ins Aussenverhältnis gehören. Die nun abweichende Meinung des Bundesgerichtes führt zu einer erheblichen Erschwerung, Regresssubstrate zu generieren, da durch die höchstrichterlichen Ausführungen in Fallkonstellationen mit einem privilegierten Haftpflichtigen im Ergebnis Sinn und Zweck der sich aus Art. 72 Abs. 2 ATSG ergebenden Solidarität ausgehebelt wird und solche Folgerungen zu einem Ende der Subrogation in einer Vielzahl von Betriebsunfällen führen können.[166]

Das Bundesgericht hat trotz der begründet erscheinenden Kritik die Praxis gemäss BGE 143 III 79 sowohl im Folgeentscheid BGE 144 III 319[167] als auch in seinem zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A_397/2019 vom 1. Juli 2020 bestätigt und

163 BITTEL/STUDHALTER, 121 f., mit Verweisen, betrachten die Regressprivilegien aus einer wertenden Optik als «systemwidrig», weil deren Anwendung zu einer Entlastung des privilegierten Haftpflichtigen auf Kosten der Sozialversicherung führt. Eine Ausdehnung deren Wirkung auf weitere Haftpflichtige, welche die Voraussetzungen, die zur Begründung der Privilegien angeführt werden, nicht erfüllen, erscheint umso weniger angezeigt.

164 BGE 143 III 79 E. 6.1.3.5. Ob sich aus dem Entfallen der auf den 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Einschränkung des Regressprivilegs gegenüber obligatorisch haftpflichtversicherten Personen nach Art. 75 Abs. 3 ATSG etwas ableiten lasse, wurde seitens des Bundesgerichts zufolge Nichtanwendbarkeit auf den zur Diskussion stehenden Unfall vom 8. September 2004 ausdrücklich offengelassen.

165 BITTEL/STUDHALTER, 102 ff. mit Verweisen.

166 LÄUBLI ZIEGLER, 38 f.

167 BGE 144 III 319 E. 1.2.2. hält explizit fest, dass sich die Frage, ob der regressierende Sozialversicherer den Anteil zu tragen hat, der auf einen vom Regressprivileg profitierenden Haftpflichtigen entfällt, nicht durch den Grundsatz der Subrogation beantworten lässt, sondern diese Wertungsfrage in BGE 143 III 79 zutreffend beantwortet worden sei.

Vorexemplar Rotzenten

verhindert damit zulasten des Sozialversicherers, dass ein kausalhaftpflichtiger Gaswerkbetreiber wie auch ein kausalhaftpflichtiger Werkeigentümer für das Regressprivileg des jeweiligen Arbeitgebers einzustehen hat.[168] Die Zukunft wird weisen, in welchen Fallkonstellationen über die aus dem Innenverhältnis ins Aussenverhältnis übertragene Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR die Arbeitgeber- und Familienprivilegien dem (übermässigen) Schutz Kausalhaftpflichtiger weiterhin zudienen sollen.

E. Überentschädigungsverbot bei Haftpflichtzahlung

Eine nicht alltägliche Konstellation liegt schliesslich dem Urteil des Bundesgerichtes 8C_927/2010 vom 13. September 2011 zugrunde,[169] in welchem einer versicherten Person aufgrund ihres rechtsmissbräuchlichen Verhaltens im Verfahren der Sozialversicherung nach erledigtem Direktschaden die Zusprache von UVG-Leistungen verwehrt blieb. Weil sie nach Ansicht des Bundesgerichtes den Anspruch bereits gegenüber dem Haftpflichtversicherer erfolgreich geltend gemacht hatte, wurden die extrasystemisch geflossenen Leistungen, für die im Sozialversicherungsrecht kein Überentschädigungsverbot greift,[170] in die sozialversicherungsrechtlichen Überentschädigungsüberlegungen miteinbezogen.

1. Sachverhalt

Die 32-jährige Versicherte wird am 24. Januar 1997 bei der operativen Behebung eines Hydrozephalus (= Wasserkopf) verletzt und erleidet dabei eine Schädigung des Gehirns. Sie bezieht seither bei einem IV-Grad von 100% Renten der Eidgenössischen Invalidenversicherung und der Beruflichen Vorsorge und meldet das Unfallereignis im April 1998 ihrer Arbeitgeberin. Weil der Kanton Basel-Stadt mangels Arztfehlers und Widerrechtlichkeit seine Haftung für die Operation bestreitet, leitet die Geschädigte beim Bundesgericht Klage ein. Das Bundesgericht

[168] Auch im Urteil 4A_397/2019 vom 1. Juli 2020 hielt das Bundesgericht dafür, dass der Umfang des Rückgriffsanspruches der Sozialversicherung gegen den haftpflichtigen Werkeigentümer nach Art. 44 OR gemäss Art. 51 OR um denjenigen Anteil zu reduzieren sei, den die Arbeitgeberin bei fehlender Privilegierung zu übernehmen hätte und wies die Klage der Sozialversicherungen mangels nachgewiesener Grobfahrlässigkeit der Arbeitgeberin und damit mangels Regressrechtes des Werkeigentümers gegen diese im Innenverhältnis ab.

[169] Teilweise wiedergegeben in BGE 137 V 394.

[170] Zu dem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Haftpflichtrecht seit jeher zur Anwendung gelangenden Bereicherungs- resp. Überentschädigungsverbot, vgl. BECK, N 6.26, mit Verweis auf BGE 134 III 489 E. 4.2 und BGE 131 III 12 E. 7.1.

Vorexemplar Referenten

bejaht die Frage der grundsätzlichen Haftung mit Urteil 4C.378/1999 vom 23. November 2004. Nachdem die Geschädigte in der Folge einen Betrag von CHF 15 Mio. fordert, einigen sich die Parteien abschliessend über die bereits geleisteten Beträge von rund CHF 2 Mio. hinaus auf Bezahlung einer Summe von CHF 3 Mio. Das haftpflichtrechtliche Verfahren wird mit Verfügung des Bundesgerichtes vom 1. Juni 2006 abgeschrieben.

Mit undatiertem Schreiben beantragt die Geschädigte im Januar 2007 unter Verweis auf das Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 2004[171] Leistungen aus dem Unfall vom 24. Januar 1997. Die ehemalige Arbeitgeberin zeigt das Schadenereignis am 22. Januar 2007 der Unfallversicherung an, wo der Brief am 30. Januar 2007 und damit nach Eintritt der haftpflichtrechtlichen Verjährung eines allfälligen UVG-Regressanspruches eingeht. Die Unfallversicherung weist den Antrag mit Entscheid vom 10. November 2008 ab. Sie erachtet den Leistungsanspruch als verwirkt, weil die Versicherte auf Leistungen verzichtet haben soll und überdies habe die Versicherte durch den Vergleich mit dem Haftpflichtversicherer auch über die UVG-Regressforderung verfügt. Die Versicherte beantragt rückwirkend ab 24. Januar 1997 eine Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100%, eine maximale Integritätsentschädigung, eine Hilflosenentschädigung für Hilflosigkeit schweren Grades und Heilungskosten. Nachdem das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde gegen den ablehnenden Entscheid des Unfallversicherers abgewiesen hat, ist es am Bundesgericht, über die Begehren letztinstanzlich zu befinden.

2. Erwägungen

a) Kein konkludenter Verzicht auf UVG-Leistungen?

Weil ein Verzicht auf Leistungen des UVG-Versicherers schriftlich erklärt werden muss, fällt ein konkludentes Verhalten dafür ausser Betracht. Zudem hätte es des Einverständnisses aller Beteiligter bedurft und der Verzicht hätte in einer Verfügung seitens des Sozialversicherers festgehalten werden müssen, weshalb die Formvorschriften offensichtlich nicht eingehalten worden waren.[172]

Vorexemplar Referenten

171 Urteil des BGer 4C.378/1999 vom 23. November 2004.
172 BGE 137 V 394 E. 4.

b) Folgen der Subrogation

Die Subrogation des Sozialversicherers tritt im Zeitpunkt des Unfalles ein und die Forderung der Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtigen gehen schon dann auf den Versicherer über, der in diesem Umfange alleine Gläubiger ist. Im Haftpflichtprozess kann der für den gesamten Schaden Haftpflichtige dem Geschädigten gegenüber die erbrachten Sozialversicherungsleistungen als den (Direkt-)Schaden reduzierende Positionen entgegenhalten. Sofern der Haftpflichtige nicht davon ausgeht, dass Leistungen aus UVG erbracht worden sind oder noch erbracht werden, besteht für ihn auch kein Anlass für einen entsprechenden Abzug. Der Forderungsübergang bewirkt nur, dass der Geschädigte mangels Berechtigung nicht mehr verfügen darf, nicht aber, dass er nicht verfügen kann. Tut er dies trotzdem durch Abschluss eines Vergleiches mit dem Haftpflichtigen, läuft letzterer durch die Zahlung an einen nicht mehr berechtigten Geschädigten Gefahr, eine Doppelzahlung leisten zu müssen, weil er von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Sozialversicherer nicht befreit wird.[173]

c) Wann umfasst ein Vergleich mit dem Haftpflichtigen UVG-Leistungen

Weil die Ansprüche gegenüber dem Haftpflichtigen erhoben wurden, bevor die Frage allfälliger Leistungsansprüche nach UVG geprüft und beantwortet worden war, ist davon auszugehen, dass die geschädigte Person vom Haftpflichtigen den vollen Schadenausgleich gefordert hat, was umso mehr anzunehmen war, als sie durch einen erfahrenen Schaden- und Versicherungsrechtsanwalt vertreten wurde. Weil letzterer bei Unterlassen entsprechender Vorbehalte selber riskieren würde, haftpflichtrechtlich belangt zu werden, besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass die geschädigte Person bei der gegebenen Konstellation den gesamten Schaden verlangt hat. Mangels Anhaltspunkten für eine Limitierung auf die Direktschadenpositionen nimmt das Bundesgericht mit Sicherheit an, dass die Einigung zwischen der Versicherten und dem Haftpflichtigen alle Schadenpositionen erfasst und den Gesamtschaden abgedeckt hat.[174]

Weil eine geschädigte Person nur einmal die Wiedergutmachung ihres Schadens zugute hat, kann sie solche Leistungen nicht ein zweites Mal geltend machen. Mangels Bestehens eines extrasystemischen Überentschädigungsverbotes im Sozialversicherungsrecht kann der Unfallversicherer der geschädigten Person nicht die Einrede der Erfüllung durch den Haftpflichtigen entgegenhalten. Wenn die

[173] BGE 137 V 394 E. 5.
[174] BGE 137 V 394 E. 6.4.

Vorexemplar Referenten

Geschädigte jedoch eine Leistung verlangt, für die sie im Zivilprozess bereits entschädigt worden ist, handelt sie rechtsmissbräuchlich.[175] Zudem handelt sie widersprüchlich, wenn sie gegenüber dem Haftpflichtigen und dem Unfallversicherer kongruente Leistungen geltend macht, und sie beabsichtigt damit nichts anderes als die vom Gesetz verpönte Überentschädigung.[176]

3. Fazit

Die geschädigte Person soll ihren Schaden ersetzt erhalten, aber nicht mehr.[177] Wenn sie in einem Direktprozess vor Bundesgericht gegenüber einem Haftpflichtigen die Begleichung des vollen Schadens fordert, ohne dabei den Hinweis auf den möglichen Unfallcharakter des schädigenden Ereignisses zu machen und hernach einen Vergleich schliesst, mit Erfüllung dessen der Gesamtschaden entschädigt wird, dann gelten damit auch mögliche UVG-Leistungen über diesen Ausgleich als vollumfänglich abgegolten. Wird dieser Schaden dann trotzdem ein zweites Mal auf dem sozialversicherungsrechtlichen Wege geltend gemacht, liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, das keinen Rechtsschutz verdient. Die erfolgreiche Geltendmachung von Ansprüchen in Direktschadenverhandlungen kann also durchaus negative Reflexwirkung auf Leistungsanträge in nachfolgenden Sozialversicherungsverfahren zeitigen.

V. Abschliessende Anmerkungen

Durch die Häufung von Regressprozessen, die ihre Abbildung in der Zunahme von Urteilen im Bereich der extrasystemischen Koordination gefunden hat, rückte das in vergangenen Zeiten eher ein Schattendasein fristende Koordinationsrecht wiederholt ins Rampenlicht.

Nachdem Lehre und Rechtsprechung noch vor dreissig Jahren sehr stark die Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR betont und diese für Vorsorgeeinrichtungen

175 BGE 137 V 394 E. 6.8 und 7.1. Von Bedeutung war überdies, dass im Hinblick auf die Beurteilung, ob es sich um einen Unfall gehandelt hatte, die Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen einer Operation zu untersuchen war, die im Rahmen einer Krankheitsbehandlung den Unfallbegriff nur ausnahmsweise und nur dann erfüllt, wenn es sich um grobe und ausserordentliche Verwechslungen und Ungeschicklichkeiten oder sogar um absichtliche Schädigungen handelt, mit denen niemand rechnete; E. 7.3.

176 BGE 137 V 394 E. 7.4.

177 Auf diesen der Anspruchskonkurrenz innewohnenden allgemeinen Rechtsgrundsatz des Überentschädigungsverbotes kann zurückgegriffen werden, wenn er sich nicht explizit aus Gesetz oder Rechtsprechung ergibt, er kann aber auch einfach aus Treu und Glauben hergeleitet werden; vgl. BECK, N 6.26.

Vorexemplar Fortsetzung

ursprünglich als anwendbar bezeichnet hatten, erfolgte über eine Zeitspanne wünschenswert angezeigter Relativierungen der Anwendbarkeit der Kaskadenordnung deren gerechtfertigt erscheinende Zurückdrängung auf die Schadentragung und den Abgleich unter Haftpflichtigen. Die durch die Rechtsprechung folgerichtig zuerkannten, integralen Regressrechte für Arbeitgeber wie auch für Vorsorgeeinrichtungen waren zu begrüssen, selbst wenn sie im Zusammenspiel mit den durch den Rentenschaden begründeten, haftpflichtrechtlichen Nettoschadenberechnungen extrasystemisch zu Überentschädigungen führen können. Nachdem auch dem Eigenschadenversicherer die Subrogation nun zuerkannt wurde, ist zu hoffen, dass zumindest in diesem Abgleich die Stufenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR in sich zusammenbrechen möge. Würde an deren Stelle – auch zugunsten einer zeitgemässen Haftungsaufteilung – eine seit längerem geforderte, sektorielle Verteilung treten, könnte den Umständen des jeweils zu beurteilenden Einzelfalles in der Abwägung der Haftungsgründe und deren Intensität ohne vorgelagert formale Kriterien besser Rechnung getragen werden. Dies würde zudem in der Beurteilung von Fallkonstellationen mit privilegierten Haftpflichtigen den Zugang zu adäquateren Einschätzungen eröffnen, in denen aufgrund der fälschlicherweise vom Innen- auf das Aussenverhältnis übertragenen Regresskaskade offensichtlich unbillig erscheinende Haftungsaufteilungen resultieren können.

Wie das bundesgerichtliche Bekenntnis zu Bestand und Rechtmässigkeit von sozialversicherungsrechtlichen Rentenverfügungen, war auch die Verneinung hypothetischer Spielereien im Bereich des Quoten- und Befriedigungsvorrechtes restlos zu begrüssen. Ebenso erschien das Beenden des bundesgerichtlichen Mäandrierens im Bereich sachlicher und zeitlicher Kongruenzen in Invaliditätsfällen und die Rückkehr zur strikt sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung angezeigt und gerechtfertigt. Noch nicht abschliessend geklärt und deshalb wünschenswert und dienlich wären etwas verbindlichere Leitlinien der sachlichen Kongruenzzuordnung in Versorgungsschadenfällen.

Literaturverzeichnis

BACHMANN ROLAND, Zur Entstehungsgeschichte der Praxisänderung im Regressrecht, HAVE 2018, 326 ff.

BECK PETER, Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen, in: Weber/Münch (Hrsg.), Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, 251 ff.

DERS., Empfehlungen zum Rentenschaden, HAVE 2002, 139 ff. (zit. BECK, Empfehlungen)

Vorexemplar Referenten

DERS., Ungenügende Koordination der Pensionskassenleistungen, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich 2002, 79 ff. (zit. BECK, Ungenügende Koordination)

DERS., Der Regress beim Rentenschaden, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen 2003, 69 ff. (zit. BECK, Rentenschaden)

DERS., Koordinationsprinzipien auf dem Prüfstand, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, 237 ff. (zit. BECK, Koordinationsprinzipien)

DERS., Regressprozesse – aufwändig aber nötig, CHSS 3/2012, 141 ff. (zit. BECK, Regressprozesse)

DERS., Mehrzahl von Regressgläubigern: Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft?, HAVE 2017, 316 ff. (zit. BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern)

BITTEL THOMAS, Regress(gerichts)prozesse: Wirtschaftliches und Statistisches, CHSS 3/2012, 144 ff.

DERS., Ausgewählte Fragen zum Versorgungsschaden, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 53 ff. (zit. BITTEL, ausgewählte Fragen)

DERS., Kein Herz der Haftpflichtversicherung für eine erfolgreiche Eingliederung der IV, HAVE 2014, 42 ff. (zit. Bittel, Eingliederung)

DERS., Der Versorgungsschaden in der Regresspraxis, Aber im Todesfall: So abstrakt wie möglich (und so konkret wie nötig – ein Anschauungsbeispiel …), HAVE 2019, 331 ff. (zit. BITTEL, Versorgungsschaden)

BITTEL THOMAS/LOCHER LORENA, Auch im Todesfall: So kongruent wie möglich!, HAVE 2019, 308 ff.

BITTEL THOMAS/STALDER FRITZ, Durchsetzung von Regressforderungen der IV und AHV, CHSS 3/2019, 8 ff.

BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, Stört das Regressprivileg die Koordination? in: Weber/Beck (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zürich/Basel/Genf 2017, 91 ff.

BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-BREHM)

CASANOVA GION CHRISTIAN, Rückgriff des Eigenschadenversicherers – eine neue Ordnung?, HAVE 2018, 331 ff.

Vorexemplar Referenten

DENGER LUKAS, Zusammentreffen von Rückgriffen, in: Schaer/Duc/Keller (Hrsg.), Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1992, 339 ff.

DOLF REMO, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016

DUC JEAN-MICHEL/FIVIAN LORENZ, Der Rückgriff auf den haftpflichtigen Dritten im Bereich der beruflichen Vorsorge, AJP 2005, 1074 ff.

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012

FISCHER JÜRG, Berechnungsvorschläge zum Versorgungsschaden aus der Praxis, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 19 ff.

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007

DIES., Assurance sociale et solidarité, Arrêt 4C.208/2002 du Tribunal fédéral du 19.11.2002, HAVE 2003, 143 ff. (zit. FRÉSARD-FELLAY, Solidarité)

FUHRER STEPHAN, Zur Stellung der Pensionskasse im Regress der Sozialversicherer gegen haftpflichtige Dritte, SZS 1990, 305 ff.

DERS., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. FUHRER, Privatversicherungsrecht)

FULLIN NICOLAS/WYSSMANN RÉMY/ZIGERLI OLIVER, Berechnung des Versorgungsschadens – Ist einfach auch richtig?, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 67 ff.

HERRMANN JAN, Aspekte des Regressrechts des Sozialversicherers im Versorgungsschaden, HAVE 2014, 39 ff.

HOFER STEFAN, Pensionskassenregress, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich 2002, 93 ff.

HÜRZELER MARC M., Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in: Steiger-Sackmann/Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, 1323 ff.

KOLLY FRANÇOIS, Le droit préférentiel du lésé, en l'absence de prétention directe de celui-ci – application du droit préférentiel abstrait ou concret?, HAVE 2004, 302 ff.

Vorexemplar Referenten

LANDOLT HARDY, Zürcher Kommentar zum OR, Art. 45–49 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. ZK-LANDOLT)

LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Ein Ende der Gewissheiten, BGE 143 III 79, HAVE 2018, 30 ff.

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995

ROTHENBERGER ADRIAN, Das Spannungsfeld von Überentschädigungsverbot und Kongruenzgrundsatz, Diss. Bern 2015

DERS., «Wer versorgt wen womit», eine koordinationsrechtliche Herausforderung, HAVE 2009, 231 ff. (zit. ROTHENBERGER, Koordinationsrechtliche Herausforderung)

DERS., Die Verwirklichung der Koordinationsziele durch den Kongruenzgrundsatz, in: Weber/Beck (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zürich/Basel/Genf 2017, 69 ff. (zit. ROTHENBERGER, Kongruenzgrundsatz)

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrechtsrevision, ZBJV 2002, 433 ff.

SCHMID MARKUS, Aspekte und Thesen zum Versorgungsschaden, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 11 ff.

DERS., Prozessuale und internationale Aspekte der Regressabwicklung, in: Kieser/Stehle (Hrsg.), Regresstagung 2015, Zürich/St. Gallen 2015, 143 ff. (zit. SCHMID, Regressabwicklung)

DERS., Hohe Hürden für den regressierenden Sozialversicherer, HAVE 2017, 192 f. (zit. SCHMID, Hohe Hürden)

SCHWARZ HANS, Einwand des Befriedigungsvorrechtes, HAVE 2009, 34 ff.

SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001

STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich 2019

STEHLE BERNHARD, Der Versorgungsschaden – Dogmatik und Berechnung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010

STUDHALTER BERNHARD, Gesamtschadenmethode, Saldoverrechnung und Kongruenzdivergenzen, HAVE 2006, 114 ff.

DERS., Unfallbedingter Erwerbsausfall in der IV, UV und (obligatorischen) BV, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich/Basel/Genf 2005, 63 ff. (zit. STUDHALTER, Unfallbedingter Erwerbsausfall)

Vorexemplar Referenten

DERS., Leiser Abschied von der Polykongruenz, HAVE 2008, 346 ff. (zit. STUDHALTER, Abschied)

DERS., Aktuelle Koordinations- und Kongruenzprobleme, in: Weber/Beck (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zürich/Basel/Genf 2014, 33 ff. (zit. STUDHALTER, Aktuelle Probleme)

WEBER STEPHAN, Noch immer offene Fragen beim Regress der Pensionskassen, in: Fuhrer (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Bern 2010, 707 ff.

DERS., Wie Dinge sich bedingen – Korrelationen in der Entwicklung des Personenschadenrechts, in: Fuhrer/Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 459 ff. (zit. WEBER, Korrelationen)

DERS., Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt, HAVE 2017, 440 ff. (zit. WEBER, Revisionsbedürftige Systematik)

DERS., Der Anfang vom Ende der Regresskaskade?, HAVE 2018, 356 ff. (zit. WEBER, Regresskaskade)

DERS., Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, 185 ff. (zit. WEBER, Vorschläge)

WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Entwicklungen, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich 2002, 101 ff.

DIESELBEN, Die Berechnung des Personenschadens im Rück- und Ausblick – eine kritische Standortbestimmung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, 281 ff. (zit. WEBER/SCHAETZLE, Standortbestimmung)

Vorexemplar Referenten

Vorexemplar Referenten

Adrian Rothenberger*

Mauerblümchen im Rampenlicht: Zur veränderten Bedeutung des (extrasystemischen) Koordinationsrechts – Ausblick

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitende Gedanken zum «Ausblick» 308

II. Absehbare und mögliche Entwicklungen im Koordinationsrecht 309

A. VVG-Revision 309
1. Integrales Regressrecht 309
2. Zwingende Deckung für alle Arbeitnehmer in der Betriebshaftpflichtversicherung 310
3. Verbot der Regressausschlussklauseln 311
4. Regressprivileg zugunsten des Nutzungsberechtigten 311
5. Unklarheiten zum Geltungsbereich 312

B. Hängige, absehbare und denkbare Gerichtsverfahren zu Regressfragen 314
1. Durchbrechung der Eisenbahnhaftung nur bei bewusster grober Fahrlässigkeit? 315
2. Arbeitgeberregress 316
3. Zulässigkeit eines Regresses des Unfallversicherers für Leistungen nach Art. 6 Abs. 3 UVG 317
4. Bedeutung der Aufhebung des Regressprivilegs für obligatorische Versicherungen gemäss Art. 75 Abs. 3 ATSG 317
5. Zulässigkeit eines Regresses bei Billigkeitshaftung? 318
6. Abweichungen von der Regresskaskade 318

III. Entwicklungen im Regresswesen 320

A. Politische Bestrebungen der Assekuranz 320
1. Erhöhung der Bagatellgrenze im UVG-Regressabkommen 2001 320
2. Regressempfehlung Wasser als Ersatz der SLK-Empfehlung «Fehlerhafte bauliche Konstruktion» 321
3. Revision des allgemeinen Verjährungsabkommens BSV/SLK/Suva 322
4. Revision des Abkommens betreffend Verzicht auf Regressansprüche und Verjährungseinrede 322
5. Pauschale Amortisation bei Fahrhaberegressen 323

B. Digitalisierung – Die Regressplattform 323
1. Elektronischer Datenaustausch 323
2. Automatisierung In-/Exkasso 325
3. Beschränkter Forderungsaustausch 325
4. Schiedsverfahren 326

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter Regress AXA Versicherungen AG, Mitglied der Redaktion von HAVE. Der Autor äussert seine persönliche Meinung und bindet seinen Arbeitgeber nicht.

Vorexemplar Referenten

C. Pauschalisierter Regressausgleich 326
IV. Schlusswort 327
Literaturverzeichnis 327

I. Einleitende Gedanken zum «Ausblick»

Wie von meinem geschätzten Kollegen Thomas Bittel ausführlich dargelegt, beschäftigten sich die Gerichte und das Schrifttum in den letzten Jahren mit zahlreichen Aspekten des Koordinationsrechts. Einzelne Urteile, allen voran BGE 144 III 209 zum Regressrecht des Privatversicherers, wirkten sich dabei richtungsweisend auf das Regresswesen aus. Wer glaubt, dass die strittigen Fragen nun geklärt seien und die dem Koordinationsrecht gewidmete Aufmerksamkeit nunmehr abflachen wird, dürfte sich irren. Das Koordinationsrecht ist seinem Mauerblümchendasein endgültig entwachsen. Einige strittige koordinationsrechtliche Fragen warten bereits heute in hängigen Verfahren auf ihre gerichtliche Klärung. Bei anderen Fragestellungen wurde eine gerichtliche Klärung bereits angekündigt oder ist absehbar. Ein Blick auf diese strittigen Rechtsfragen sowie auf die am 1. Januar 2022 in Kraft tretenden VVG-Revision und deren Auswirkungen auf den Regress des Sozial- und Privatversicherers bilden Gegenstand des ersten, fachlichen Teils dieses Ausblicks auf die Entwicklungen in der extrasystemischen Koordination.

Neben den fachlichen Themen, die den Gesetzgeber, die Gerichte und das Schrifttum beschäftigten, fanden zudem zahlreiche Anstrengungen zwischen den Akteuren der Schadenausgleichsysteme statt, um das Regresswesen durch Abkommen und Empfehlungen zu vereinfachen sowie erste Schritte in der Digitalisierung des Regresswesens zu unternehmen.[1] Eine grobe Darstellung dieser Bestrebungen bildet den zweiten Teil des vorliegenden Beitrags.

[1] Diese Thematik wird im vorliegenden Beitrag im Kapitel III. behandelt, da die entsprechenden Bemühungen zumeist erst per Januar 2021 oder in den nächsten Monaten ihre Wirkung entfalten werden.

Vorexemplar Rothenberger

II. Absehbare und mögliche Entwicklungen im Koordinationsrecht

A. VVG-Revision

Auch wenn viele Juristen[2] (und wohl auch das Bundesgericht selbst[3]) es nicht mehr für möglich gehalten hätten: am 19. Juni 2020 stimmten National- und Ständerat dem teilrevidierten Versicherungsvertragsgesetz zu. Die Referendumsfrist lief am 8. Oktober 2020 ungenutzt aus. So wird das in zahlreichen bedeutsamen Punkten angepasste VVG nun tatsächlich per 1. Januar 2022 in Kraft treten.[4] Einige Bestimmungen werden dabei nicht nur Auswirkungen auf den Privatversicherungsregress, sondern auch Einfluss auf den Regress des Sozialversicherers haben.

1. Integrales Regressrecht

Selbstverständlich würde das integrale Regressrecht des Privatversicherers die einschneidendste Neuerung des revidierten VVG darstellen, hätte das Bundesgericht dem gesetzgeberischen Entscheid nicht bereits in BGE 144 III 209 vorgegriffen, dem Eigenschadenversicherer ein Rückgriffsrecht gegen den Kausalhaftpflichtigen gewährt und ihn aus der Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR herausgelöst. Anders als der genannte Bundesgerichtsentscheid enthält das Gesetz nun aber durch die Einräumung eines integralen Regressrechts eine Antwort darauf, ob der Eigenschadenversicherer auch gegen einen vertraglich Haftpflichtigen Regress nehmen kann. Die diesbezügliche Rechtslage war (und ist) bis heute unklar, da das Regressrecht des Eigenschadenversicherers gegen vertraglich Haftende immer aus dessen Position in der Regresskaskade auf Stufe Vertrag abgeleitet wurde. Die Herauslösung aus der Regresskaskade führt demnach dazu, dass der

2 Besonders erwähnenswert ist diesbezüglich die Bemerkung von GAUCH, 62, der sich in einem HAVE-Beitrag aus dem Jahr 2002 wie folgt geäussert hat: «Das antiquierte Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 ist nach wie vor Realität, dieweil unsichtbare Hände es verstehen, die längst fällige Gesamtrevision immer wieder hinauszuzögern. Fast scheint mir, dieses Gesetz gehöre ein für allemal zur Wirklichkeit unserer Rechtsordnung, wie Schneewittchen und die sieben Zwerge zur Wirklichkeit des Waldes gehören.»

3 Während sich das Bundesgericht in BGE 137 III 352 E. 4.6., noch auf den Standpunkt stellte, eine Praxisänderung in Bezug auf das Regressrecht des Privatversicherers gegen Kausalhaftpflichtige sei nicht gerechtfertigt, zumal sich der Gesetzgeber selbst im Rahmen der (damals) anstehenden (und später gescheiterten) Totalrevision des VVG mit dieser Frage beschäftige, entschied es in BGE 144 III 209 – nur sieben Jahre später – trotz laufender Teilrevision, die fast hundertjährige Praxis zum Regressrecht des Privatversicherers zu ändern. Zu den damit in der Praxis geschaffenen Problemen: ROTHENBERGER, 354 ff.

4 Zum politischen Prozess hinter der Revision des VVG, vgl. BIRRER-HEIMO, 296 ff.

Vorexemplar Referenten

regressierende Versicherer über keine (im Rahmen der Gini-Durlemann-Rechtsprechung konkretisierte) Rechtsgrundlage für einen entsprechenden Regress gegen den vertraglich Haftenden mehr verfügte. Auch konnte die extensive bundesgerichtliche Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung in Art. 72 Abs. 1 VVG auf sämtliche Kausalhaftungen schwerlich auch auf vertragliche Schadenersatzansprüche ausgedehnt werden. In der Praxis wurde dieses Problem durch die SLK-Empfehlung Nr. 1-2018 weitgehend gelöst, mit welcher sich die SVV-Gesellschaften gegenseitig in sämtlichen Fällen mit Schadendatum ab dem 7. Mai 2018, dem Urteilsdatum von BGE 144 III 209, ein integrales Regressrecht zugestanden haben.[5] Die praktische Bedeutung dieser Gesetzesänderung ist daher nur noch gering.

2. Zwingende Deckung für alle Arbeitnehmer in der Betriebshaftpflichtversicherung

Bekanntlich beschlägt die Deckungspflicht in der Betriebshaftpflichtversicherung im aktuellen VVG lediglich Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen.[6] In der Praxis ist der Deckungsausschluss für niedrige Arbeitnehmer, die sog. Suva-Klausel, denn auch absolut üblich, weshalb im Regress regelmässig diskutiert werden muss, ob der Schadenverursacher als leitender Angestellter oder als niedriger Arbeitnehmer anzusehen ist. Insbesondere in der besonders betroffenen Baubranche führte dieser Deckungsausschluss je nach Unternehmensgrösse zu schwer verständlichen Differenzierungen. Während beim Klein- und Kleinstbetrieb regelmässig ein leitender Angestellter (z.B. der Firmeninhaber oder ein ebenfalls in der Unternehmung tätiger Angehöriger) die Verantwortung für die Bautätigkeiten vor Ort trägt, wird die Verantwortung für eine Baustelle in grösseren Bauunternehmen regelmässig auch an Mitarbeitende (häufig erfahrenere Handwerker) übertragen, die ansonsten in keiner Weise mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs betraut sind. Diese Diskussionen, die auch die Arbeitsgruppe Regress der Schadenleiterkommission (SLK) des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) in den letzten Jahren mehrere Male beschäftigten, finden nun aufgrund der Ausweitung des Deckungszwangs in der Betriebshaftpflichtversicherung auf sämtliche Arbeitnehmenden des Betriebs in Art. 59 Abs. 1 nVVG glücklicherweise ein Ende.

5 Eingehend dazu: ROTHENBERGER, 354 ff.
6 Art. 59 VVG.

Vorexemplar Referenten

3. Verbot der Regressausschlussklauseln

Ebenfalls bedeutsam ist die in Art. 59 Abs. 2 nVVG stipulierte zwingende Deckung für Rückgriffsansprüche Dritter. In Zukunft wird es demnach nicht mehr zulässig sein, dem haftpflichtversicherten Verursacher nur noch Deckung für denjenigen Teil der Schadenersatzansprüche zu gewähren, welcher direkt von der geschädigten Person an ihn gerichtet werden. Auch diese Neuerung ist zu begrüssen, führten solche Regressausschlussklauseln doch zur absurden Situation, dass das persönliche Haftungsrisiko des Verursachers letztlich vom Versicherungsbedürfnis der geschädigten Person abhängig war. Hatte die geschädigte Person keine Eigenschadenversicherung abgeschlossen, die den eingetretenen Schaden deckte, war der Verursacher durch seine Haftpflichtversicherung vollständig gedeckt, da mangels Versicherungsleistungen kein Regressanspruch, sondern nur Direktschaden entstand. Hatte sich die geschädigte Person aber gegen das verwirklichte Risiko versichert, verschlechterte dies die Position des Verursachers einschneidend, da in diesem Fall der Schaden regelmässig ganz oder zu weiten Teilen vom Eigenschadenversicherer beglichen und regressweise gegen den Verursacher geltend gemacht wurde. In diesem Fall traf den Haftpflichtigen das volle Haftungsrisiko, sofern in der entsprechenden Konstellation eine Regressausschlussklausel griff.

4. Regressprivileg zugunsten des Nutzungsberechtigten

Spannend ist das in Art. 95c Abs. 3 lit. c nVVG neu eingeführte Regressprivileg für Personen, die «ermächtigt sind, die versicherte Sache zu nutzen.» Die grösste Bedeutung dürfte diese Bestimmung in Miet- und Pachtverhältnissen entwickeln, in denen der Nutzungsberechtigte die Sache leichtfahrlässig beschädigt oder zerstört, insbesondere also bei fahrlässig verursachten Gebäudebränden. Die Auswirkungen in der Praxis dürften aber relativ gering ausfallen, da Regressforderungen kantonaler wie auch privater Gebäudeversicherer im Umfang von Versicherungsleistungen bis zu CHF 500’000 durch das sog. Teilungs- und Regressabkommen zwischen der Vereinigung der kantonalen Gebäudeversicherungen (VKG) und dem Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) geregelt werden, dem die meisten kantonalen und privaten Gebäudefeuerversicherer und sämtliche grossen Haftpflichtversicherer beigetreten sind. Betroffen von dieser Gesetzesänderung sind daher nur Regressforderungen von Nicht-Abkommensgesellschaften sowie Regressforderungen aus Grossschäden. In diesem eingeschränkten Bereich dürfte der Einfluss aber durchaus spürbar sein, zumal Brände in Mietliegenschaften häufig auf fahrlässige Handlungen des Mieters oder dessen Familienangehörige zurückgeführt werden können. Interessant wird dabei insbesondere die Frage sein, ob die Gerichte im Bereich von Sachschäden die teilweise extensive Annahme von

Vorexemplar Referenten

Grobfahrlässigkeit[7] auf ein vernünftiges Mass[8] reduzieren werden, nachdem Grobfahrlässigkeit mit der Einführung des integralen Regressrechts keine Voraussetzung mehr für einen Rückgriff des Eigenschadenversicherers auf einen vertraglich Haftenden bilden wird. Ebenfalls interessant wird sein, ob das Bundesgericht dieses Mieterprivileg analog auf den Regress der kantonalen Gebäudeversicherungen anwenden wird, wie es die Sperrwirkung der Regresskaskade für kantonale Gebäudeversicherungen in ständiger Rechtsprechung bejaht[9] und generell die Rechtsstellung kantonaler und privater Schadensversicherungen in der Vergangenheit stets harmonisiert hat.[10]

5. Unklarheiten zum Geltungsbereich

a) Übergangsrecht

Zu beachten ist, dass gemäss Art. 104 nVVG lediglich die Formvorschriften und das Kündigungsrecht[11] auch für Verträge gelten, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossen wurden. E contrario gelten die übrigen Bestimmungen des neuen Rechts lediglich für Verträge, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossen werden.[12] Der Grund für diese restriktive Rückwirkung ist dem Umstand geschuldet, dass zahlreiche gesetzliche Anpassungen, die eine

7 Die von Gerichten in der Vergangenheit teilweise vorgenommenen Verschuldensqualifikationen bewegten sich nach der hier vertretenen Auffassung teilweise nahe an der Grenze zur Willkür. So qualifizierte bspw. das Kantonsgericht St. Gallen in einem Entscheid vom 25. Oktober 2004 (BZ.2004.7) das Verhalten einer 79-jährigen Nutzniesserin einer Wohnung als grobfahrlässig, als diese in der Küche Teewasser zum Sieden aufsetzte, die Wohnung verliess, um die Post aus dem Briefkasten zu holen und ob eines sich dabei entwickelnden (nicht geplanten oder vorhersehbaren) Gesprächs mit dem Hausmeister das Teewasser vergass, worauf es zum Brand kam.

8 Hier sei auf die von KELLER, 127, zitierte Faustregel verwiesen: Während auf grobe Fahrlässigkeit landläufig mit der Frage: «Wie hät er nu chönne?» [Wie konnte er nur?] reagiert wird, würde leichte Fahrlässigkeit lediglich zur Feststellung führen: «Er het scho sölle…» [Er hätte schon… sollen].

9 Vgl. BGE 50 II 186 E. 2 und Urteil des Bundesgericht 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 2.2.

10 Mit dieser Begründung wendete das Handelsgericht des Kantons Zürich im Urteil HG 160139-O vom 2. Oktober 2018 E. 2.4.2.2., die Praxisänderung des Bundesgerichts in BGE 144 III 209 vom 7. Mai 2018 auch auf eine streitige Rückgriffsforderung der kantonalen Gebäudeversicherung an, wenn es denn auch zu dem nach der hier vertretenen Auffassung falschen Schluss kam, dass sich das Regressrecht der Gebäudeversicherung neu nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR und damit nach richterlichem Ermessen bestimme. Korrekt wäre nach der hier vertretenen Auffassung gewesen, als Folge der Herauslösung der kantonalen Gebäudeversicherung aus der Kaskade deren Sperrwirkung zu verneinen und die Zulässigkeit des Regresses entsprechend ausschliesslich nach den Voraussetzungen und Schranken des kantonalen Rechts zu prüfen.

11 Art. 35a und 35b nVVG.

12 So äussert sich auch der Bundesrat in der Botschaft vom 28. Juni 2017 zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), BBl 2017 5136. G.M. ist auch STÖCKLI, 305.

Vorexemplar Referenten

Veränderung im Schadenaufwand bewirken könnten, im Pricing der laufenden Verträge nicht einkalkuliert sind und eine umfangreichere Rückwirkung daher zu einer unverhältnismässigen Verschiebung der Lasten in der Beziehung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer führen könnte.[13] Entsprechendes gilt daher sicherlich für oben dargestellte Bestimmungen, welche das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer betreffen, namentlich also das Verbot von Regressausschlussklauseln und die zwingende Deckung sämtlicher Arbeitnehmenden in der Betriebshaftpflichtversicherung. Es ist daher zu erwarten, dass übergangsrechtliche Fragestellungen in der Praxis nach dem Inkrafttreten des revidierten VVG noch zu einigen Diskussionen führen könnten, zumal bereits der Begriff des Vertragsschlusses, an den die Geltung des neuen Rechts anknüpft, unklar ist. So stellt sich diesbezüglich bspw. die Frage, ob bzw. wann eine Vertragserneuerung oder eine Mutation der Police bereits als Vertragsschluss im Sinne von Art. 104 nVVG zu gelten hat.[14]

Ebenfalls unklar ist, wie Normen übergangsrechtlich zu behandeln sind, welche nicht primär die Rechtsbeziehung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherung regeln, sondern zum Schutz geschädigter Personen aufgestellt wurden. Zu denken ist hier insbesondere an das direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegenüber dem Haftpflichtversicherer[15], den Einredenausschluss für obligatorische Haftpflichtversicherungen sowie an das integrale Regressrecht. Diese Klauseln dürften gemäss Art. 3 SchlT ZGB unmittelbar nach Inkrafttreten des revidierten VVG ihre Wirkung entfalten. In Bezug auf das integrale Regressrecht ist dies – wie oben dargelegt – aufgrund von BGE 144 III 209 und der SLK-Empfehlung Nr. 1-2018 nur von geringer Bedeutung.

13 In diesem Sinne dürften auch die Äusserungen des Bundesrats in BBl 2017 III 5136 zu verstehen sein, dass eine weitergehende Rückwirkung für laufende Verträge unverhältnismässig gewesen wäre.

14 Ob ein Vertragsschluss vorliegt, dürfte massgeblich von der Intensität der vorgenommenen Anpassungen abhängig sein. So kann bspw. kaum von einem Vertragsschluss ausgegangen werden, wenn lediglich die Adresse des Versicherungsnehmers mutiert wird, während eine massgebliche Veränderung der Versicherungsdeckung eher auf einen Vertragsschluss schliessen lassen könnte.

15 Mit dem der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Auffassung sowohl die Rechtsstellung der geschädigten Person als auch diejenige des Haftpflichtversicherten unabsichtlich geschwächt hat, zumal der Haftpflichtversicherer im Falle einer prozessualen Auseinandersetzung mit der geschädigten Person weniger Hemmungen haben wird, Deckungsausschlüsse einzuwenden, als er dies gegenüber seinem eigenen Versicherungsnehmer hätte. Zudem verursacht die Regelung Mehrkosten und zahlreiche prozessuale Probleme, da nur bei vollständiger Einigkeit über die Versicherungsdeckung derselbe Anwalt den Haftpflichtigen und dessen Haftpflichtversicherer im Prozess gemeinsam vertreten kann. Mehr zu den prozessualen Schwierigkeiten eines direkten Forderungsrechts in der allgemeinen Haftpflichtversicherung: FELLMANN, 99 ff.

Vorexemplar Referenten

b) Ausnahme für professionelle Versicherungsnehmer

Mit Art. 98a Abs. 1 lit. b nVVG hat der Gesetzgeber Neuland betreten, indem die in Art. 97 und 98 VVG aufgeführten zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen für «professionelle Versicherungsnehmer» vertraglich abgeändert werden dürfen.[16] Als professionelle Versicherungsnehmer gelten gemäss Art. 98a Abs. 2 nVVG Vorsorgeeinrichtungen, Finanzintermediäre, Versicherungsunternehmen, öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Unternehmen mit professionellem Risikomanagement sowie Unternehmungen, die eine bestimmte Grösse[17] überschreiten.

Während die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und (professionellem) Versicherungsnehmer unter Berücksichtigung der konkreten Risiken und der Risikofähigkeit individueller auszugestalten, durchaus sinnvoll erscheint, wirft die Möglichkeit, auch Bestimmungen abzuändern, die einen anspruchsberechtigten Dritten betreffen, grosse Fragezeichen auf. Wäre es also bspw. zulässig, wenn eine Unternehmenssachversicherung mit dem versicherten Betrieb vertraglich vereinbaren würde, dass das Regressprivileg gemäss Art. 95c Abs. 3 lit. b – welches als relativ zwingende Bestimmung im Katalog von Art. 98 nVVG aufgeführt wird – vertraglich wegbedungen wird und entsprechend auch bei leichtfahrlässiger Schadensverursachung Rückgriff auf Arbeitnehmende des Betriebs genommen werden darf? Abgesehen von einer allfälligen Freistellungspflicht bzw. von einer Haftung des Arbeitgebers infolge einer Fürsorgepflichtverletzung können solche Vereinbarungen zu Lasten eines Dritten – man denke hier auch an das direkte Forderungsrecht und den Einredeausschluss zugunsten geschädigter Personen – keinesfalls im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Bleibt zu hoffen, dass eine gerichtliche Klärung aufgrund eines vernünftigen Umgangs mit diesen erweiterten Freiheiten nicht nötig sein wird.

B. Hängige, absehbare und denkbare Gerichtsverfahren zu Regressfragen

Wie im Rückblick dargelegt und einleitend erwähnt, wurden in den letzten Jahren zahlreiche offene Fragen des Koordinationsrechts gerichtlich geklärt. Der wichtigste Grund für die zunehmenden Gerichtsstreitigkeiten im Regress dürfte die zunehmende Professionalisierung der Regressdienste und die entsprechend sinkende

16 Ausführlich zu diesem Thema: MÖSCH, 316 ff.

17 Konkret gelten Unternehmen als professionelle Versicherungsnehmer, die zwei der drei folgenden Grössen überschreiten: Bilanzsumme von CHF 20 Mio., Nettoumsatz von CHF 40 Mio., Eigenkapital von CHF 2 Mio.

Vorexemplar Referenten

Bereitschaft sein, Regressforderungen mit nicht risikogerechten Abschlägen zu vergleichen, wie das in der Vergangenheit teilweise der Fall war. Entsprechend sind auch aktuell mehrere Prozesse hängig, in denen die Gerichte Regressforderungen und teilweise auch koordinations- oder haftpflichtrechtliche Grundsatzfragen zu beurteilen haben. Auch sind Themen bekannt, in denen Privat- oder Sozialversicherer die Anhebung einer Regressklage prüfen.

1. Durchbrechung der Eisenbahnhaftung nur bei bewusster grober Fahrlässigkeit?

Bereits hängig ist die Frage, ob die Annahme einer Durchbrechung der Eisenbahnhaftung infolge groben Selbstverschuldens gerechtfertigt ist, wenn die geschädigte Person an eine mit dem Eisenbahnbetrieb verbundene Gefahr schlicht nicht gedacht hat, also unbewusst fahrlässig gehandelt hat. Im konkreten Fall zu beurteilen ist das Selbstverschuldens eines jungen Paars ohne Segelerfahrung, das einen Katamaran erwarb, diesen im Garten des Mannes in Seenähe zusammenbauten und am nächsten Tag mit Hilfe eines sog. Slipwagens gemeinsam zum See bringen wollte. In ein Gespräch darüber vertieft, wo sie Einwassern sollten, zogen sie den Katamaran an einer Querstange des Slipwagens über einen Bahnübergang, wo der aufgebaute Mast die Hochspannungsleitung berührte. Während der Mann lediglich leichte Verletzungen an der Hand erlitt, wurde die Frau durch den Stromschlag meterweit wegkatapultiert und blieb mit schweren Verbrennungen an den Beinen und Händen sowie Verletzungen im Gesicht bewusstlos liegen. Gegenüber der Polizei sagten die beiden aus, an die Gefahr, die von der Hochspannungsleitung mit Blick auf die Höhe des Masts ausging, schlicht nicht gedacht zu haben, als sie den Weg planten. Sie hätten zwar noch über die Bahnübergänge gesprochen, jedoch lediglich über den Umstand, dass einer der Übergänge schmaler und der andere breiter sei. Die Verbindung zwischen dem Mast und den Stromleitungen hätten sie nicht gemacht.

Während sich die beklagte Inhaberin des Eisenbahnunternehmens auf den Standpunkt stellt, sie sei von ihrer Haftung gestützt auf Art. 40c EBG entlastet, da das Verhalten des Paars als grobfahrlässig zu qualifizieren sei, ist der regressierende UVG-Versicherer der Auffassung, dass nur eine unbewusste Fahrlässigkeit vorliege (zumal man dem Paar keine suizidalen Absichten unterstellen kann). Nach Auffassung der Klägerin kann eine unbewusste Fahrlässigkeit keinesfalls die Intensität aufweisen, dass die (erhöhte) Betriebsgefahr der Eisenbahn im Verhältnis zum hinzukommenden Sachverhalt eine derart untergeordnete Bedeutung erhält, dass sie nur noch als eine zufällige, unbedeutende Teilursache des Schadens

Vorexemplar Referenten

erscheint. Vielmehr sei es überhaupt fraglich, ob unbewusste Fahrlässigkeit die (erhöhte) Betriebsgefahr einer Eisenbahn überhaupt zu neutralisieren vermag.

Sowohl das Bezirksgericht Kreuzlingen (Entscheid B.2018.63 vom 1. Juli/5. August 2020) als auch das Obergericht des Kantons Thurgau (Entscheid ZBR.2020.36 vom 10. Dezember 2020) schlossen sich im Wesentlichen der Auffassung der Beklagten an, dass auch für die Entlastung nach Art. 40c EBG ein objektiver Verschuldensmassstab gelte und die Gedankenlosigkeit des verletzten Paars objektiv grobfahrlässig gewesen sei. Es wird spannend, wie das Bundesgericht diese haftpflichtrechtliche Grundsatzfrage beurteilen wird.

2. Arbeitgeberregress

In einem weiteren bereits rechtshängigen Fall geht es um die Voraussetzungen für die regressweise Geltendmachung einer Regressforderung durch eine Arbeitgeberin, die dem verunfallten Arbeitnehmer auch die nicht durch die UVG-Taggelder gedeckten Lohnanteile weiter ausgerichtet hat. Die klagende Arbeitgeberin beruft sich auf die in BGE 126 III 521 begründete höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach die Arbeitgeberin den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern gleichgestellt sei und ihr für die an den verunfallten Arbeitnehmer geleisteten Lohnfortzahlungen ein integrales Regressrecht auf den Unfallverursacher bzw. dessen Haftpflichtversicherung zustehe. Sie mache demnach nicht einen eigenen Schaden, sondern den hypothetischen Schaden regressweise geltend, den der verunfallte Arbeitnehmer erlitten hätte, wenn er die von ihr entrichteten Lohnfortzahlungen nicht erhalten hätte. Die beklagte Haftpflichtversicherung stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Arbeitgeberin ein Rückgriffsanspruch nur insoweit zustehe, als dieser selbst tatsächlich ein Schaden im Sinne der Differenztheorie erlitten habe. Da die unfallbedingte Absenz eines Arbeitnehmers der Arbeitgeberin regelmässig keinen Schaden verursache, würde diese bereichert, wenn sie trotzdem ohne Schadensnachweis auf den Verursacher Rückgriff nehmen könnte.

Das Bezirksgericht Bülach bestätigte im Urteil FV190091-C/U vom 12. Oktober 2020 die in BGE 126 III 521 begründete höchstrichterliche Rechtsprechung und schützte in der Folge die Auffassung der klagenden Arbeitgeberin. Bleibt abzuwarten, wie dies das Obergericht des Kantons Zürich und gegebenenfalls das Bundesgericht sehen werden.

Vorexemplar Referenten

3. Zulässigkeit eines Regresses des Unfallversicherers für Leistungen nach Art. 6 Abs. 3 UVG

Ein weiterer, seit Jahren diskutierter Streitpunkt betrifft die Regressierbarkeit von Leistungen, die der Unfallversicherer für Schädigungen im Rahmen einer Heilbehandlung gestützt auf Art. 6 Abs. 3 UVG ausrichtet, wenn für das Erstereignis keine Haftung eines Dritten besteht und es sich darüber hinaus nicht um einen accident médical und damit um keinen eigenständigen Unfall handelt. Einzelne Haftpflichtversicherer stellen sich auf den Standpunkt, dass in solchen Fällen keine Subrogation des Unfallversicherers in die Schadenersatzansprüche der geschädigten Person stattfinde, da die Subrogation nach dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 ATSG nur gegenüber einem Dritten erfolge, der *für den Versicherungsfall* haftet. Der Versicherungsfall sei in einer solchen Konstellation der selbstverschuldete Erstunfall, für den niemand hafte. Diese Auffassung – träfe sie denn zu – hätte die paradoxe Folge, dass dem Unfallversicherer für ärztliche Fehlbehandlungen nach einem Selbstunfall kein Regressrecht zukäme, während die obligatorische Krankenpflegeversicherung mangels einer eigenständigen gesetzlichen Leistungskategorie für fehlbehandlungsbedingte Heilungskosten gestützt auf Art. 72 ATSG in exakt derselben Konstellation Rückgriff nehmen könnte.

Es ist davon auszugehen, dass diese Frage prozessual geklärt werden wird, sobald ein dazu geeigneter Fall vorliegt. Dies ist nicht ganz einfach, da es sich dabei zur Minimierung des Prozessrisikos des Regressklägers um einen Fall handeln sollte, in dem die üblichen Streitpunkte, also Sorgfaltspflichtsverletzung, Umfang des Differenzschadens und Kausalität, möglichst klar ausgewiesen sind.

4. Bedeutung der Aufhebung des Regressprivilegs für obligatorische Versicherungen gemäss Art. 75 Abs. 3 ATSG

In Aussicht gestellt ist auch die gerichtliche Klärung der Frage, ob die Aufhebung des Regressprivilegs für obligatorische Versicherungen gemäss Art. 75 Abs. 3 ATSG auch Motorfahrzeuge umfasst, die auf einem abgesperrten, nicht öffentlich zugänglichen Gelände einen Personenschaden verursachen. Häufig sind in diesem Zusammenhang Personenschäden, die als Folge des Umkippens von sog. Dumpern[18] auf abgeschlossenen Baustellen entstehen. Von Haftpflichtseite wird

[18] Dabei handelt es sich um kleinere Baustellenfahrzeuge mit einer kippbaren Mulde an der Front.

Vorexemplar Referenten

geltend gemacht, das Regressprivileg des Arbeitgebers werde in solchen Konstellationen durch Art. 75 Abs. 3 ATSG nicht aufgehoben, da auf einer abgesperrten, nicht-öffentlichen Verkehrsfläche kein Versicherungsobligatorium für Baustellenfahrzeuge bestehe.

5. Zulässigkeit eines Regresses bei Billigkeitshaftung?

Allenfalls zu einer gerichtlichen Klärung kommen wird es in Bezug auf die Frage, ob ein Regress im Geltungsbereich einer Billigkeitshaftung (bspw. im Falle der Schadensverusachung durch einen Urteilsunfähigen[19] oder bei Schädigung einer Person, die einer anderen eine Gefälligkeit erweist[20]) zulässig ist. Die Haftpflichtversicherer vertreten diesbezüglich einhellig gestützt auf BK-BREHM[21] die Auffassung, dass eine Billigkeitshaftung im Falle einer weitgehenden Schadensdeckung durch eine Sozialversicherung oder einer private Schadensversicherung gar nicht erst entstehe, da eine Billigkeitshaftung eine grosse finanzielle Belastung der geschädigten Person voraussetze, die aufgrund der erhaltenen Versicherungsleistungen nicht bestehen könne. Da der Regress der Haftung folge, sei ein Regress in Fällen, in denen lediglich eine Billigkeitshaftung zur Diskussion stehe, daher regelmässig mangels Haftung ausgeschlossen.

6. Abweichungen von der Regresskaskade

In BGE 144 III 319, dem bekannten Rohrleitungsfall, hatte das Bundesgericht darüber zu befinden, wie der Schaden eines bei einer Gasexplosion in einer Kanalisation verletzen Arbeiters zwischen seinem haftpflichtigen (regressprivilegierten) Arbeitgeber und dem Inhaber der Rohrleitung aufgeteilt werden muss. Da es sich bei der Haftung des Arbeitgebers um eine vertragliche Haftung, bei derjenigen des Inhabers der Rohrleitung jedoch um eine Kausalhaftung handelt, erschien die Beantwortung dieser Rechtsfrage mit Blick auf die Stufenordnung der Regresskaskade offensichtlich zu sein. Nach Art. 51 Abs. 2 OR hat nämlich in erster Linie der Verschuldenshaftpflichtige, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftende und erst zuletzt der Kausalhaftpflichtige den Schaden im Innenverhältnis zu tragen. Erstaunlicherweise wich das Bundesgericht jedoch von der Kaskadenordnung ab. Unter Hinweis, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes eine solche Verteilung der Haftungsanteile lediglich «in der Regel» vorsieht und unter Berücksichtigung des

19 Vgl. Art. 54 OR.
20 Vgl. dazu BGE 129 III 181 E. 4.1.
21 N 37 f. zu Art. 54 OR.

Vorexemplar Referenten

Umstands, dass sich mit dem Gasaustritt eine typische Gefahr der Rohrleitung bereits realisiert hatte, die als Folge der Vertragsverletzung des Arbeitgebers lediglich noch ausgelöst worden sei, erkannte das Bundesgericht auf eine Haftung je zur Hälfte, wobei die regressierenden Sozialversicherer aufgrund des Regressprivilegs zugunsten des Arbeitgebers dessen Anteil selber tragen mussten.

Im zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A_397/2019 vom 1. Juli 2020 hatte das Bundesgericht erneut zu beurteilen, ob von der Regresskaskade abgewichen werden sollte. Dieses Mal betraf es einen Fall, in welchem die Haftung des Arbeitgebers des Verunfallten mit derjenigen des Eigentümers des Werks konkurrierte, in welchem sich der Unfall ereignet hatte. Konkret hatten zwei Mitarbeitende der Arbeitgeberin des Verunfallten vor dem Warenlift eines von sechs Boden-Metallgittern aus der Verankerung gelöst, um Schmutz zu entfernen. Unter den Metallgittern befanden sich nicht tragfähige Styroporplatten. Der Verunfallte wollte die Stelle mit dem fehlenden Metallgitter passieren, durchbrach dabei die Styroporplatten und stürzte rund vier Meter tief auf den darunterliegenden Boden. Dabei zog er sich schwere Verletzungen zu. AHV und IV klagten in der Folge gegen den Werkeigentümer auf regressweise Vergütung ihrer Leistungen. Dieser stellte sich auf den Standpunkt, dass der Arbeitgeber im Innenverhältnis die ganze Haftung trage. Den Ausfall aufgrund des Regressprivilegs würde die Sozialversicherer treffen, weshalb sie über keine Regressforderung mehr verfügten. Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der Vorinstanzen, wonach sich in diesem Fall ein Abweichen von der Regresskaskade nicht rechtfertige, da die Gefahr, die vom Werk ausging, erst durch die Wegnahme der Gitter durch die beiden Mitarbeitenden entstanden sei.

Es steht zu befürchten, dass dies nicht das letzte Urteil sein wird, in welchem sich das Bundesgericht mit der Frage beschäftigen muss, ob ein Abweichen von der Regresskaskade im konkreten Einzelfall gerechtfertigt ist oder nicht. Bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht diese (die Regressabwicklung weiter verkomplizierenden) Diskussionen um die im Innenverhältnis zu tragenden Anteile mehrerer Haftpflichtiger im Keim erstickt und in den nächsten Urteilen klar macht, dass es sich bei BGE 144 III 319 um einen Einzelfall gehandelt hat, der aufgrund des ausserordentlichen Zusammenspiels von Gasleck und Fürsorgepflichtverletzung eine Abweichung von der Regresskaskade rechtfertigt hat. Auch wenn – was im Schrifttum zu diesen Urteilen lobend hervorgehoben wurde – die sektorielle Verteilung der Haftung auf mehrere Haftpflichtigen in zahlreichen Konstellationen mit Blick auf die Einzelfallgerechtigkeit bessere Resultate hervorbringt: einvernehmliche Lösungen über die Verteilung der Anteile im Innenverhältnis dürften ohne klare Regeln häufig an der Kompromissbereitschaft der Verursacher bzw. der Haftpflichtversicherer scheitern, was unsere Gerichte unnötig belasten und der

Vorexemplar Referenten

Assekuranz insgesamt viel Aufwand und hohe Anwalts- und Prozesskosten bescheren könnte. Eine sektorielle Methode ohne diese Nebenwirkung wäre nach der hier vertretenen Auffassung nur denkbar, wenn eine klare, verbindliche und einfache Regel zur Verteilung der Quoten im Innenverhältnis aufgestellt würde. Eine solche Regel könnte bspw. heissen: «Existieren mehrere Haftpflichtige, so tragen die aus Verschulden Haftenden jeweils den dreifachen und die aus Vertragsverletzung Haftenden den doppelten Anteil im Vergleich zu einem rein kausal Haftenden. Hat einer dieser Haftpflichtigen ein grobes Verschulden oder eine besondere Gefahr zu vertreten (insbesondere eine Betriebsgefahr), so wird sein Anteil verdoppelt.». Ohne jede Haftungsart und jedes Szenario gedanklich abschliessend durchgespielt zu haben, dürfte sich damit die Aufteilung im Innenverhältnis auf mehrere Verursacher in den meisten Fällen mit Haftungskollisionen in einer relativ simplen mathematischen Gleichung berechnen lassen und so eine bessere Einzelfallgerechtigkeit bei hoher Rechtssicherheit gewährleisten.

III. Entwicklungen im Regresswesen

Das Regresswesen befindet sich nicht nur fachlich im Umbruch. Sehr viel Arbeit und Geld wird auch in seine Weiterentwicklung gesteckt. Im Fokus stehen dabei die effizientere Abwicklung von Regressen sowie die Verbesserung der Regresseinnahmen. Während die effizientere Abwicklung das Ziel aller Akteure im Schadenausgleich darstellt und damit ein partnerschaftliches Vorgehen ermöglicht, sei dies auf politischer oder technologischer Ebene, geht die Steigerung der Regresseinnahmen naturgemäss zu Lasten eines Konkurrenten, weshalb Massnahmen zur Erreichung dieses Ziels jeweils rein gesellschaftsinterne Bestrebungen darstellen. Aus Gründen der Vertraulichkeit interner Massnahmen wird der Fokus auf den nachfolgenden Seiten auf die partnerschaftlichen Bestrebungen der Sozial- und Privatassekuranz zur Steigerung einer effizienten Regressabwicklung gelegt.

A. Politische Bestrebungen der Assekuranz

1. Erhöhung der Bagatellgrenze im UVG-Regressabkommen 2001

Ganz im Zeichen der Effizienz steht die im Jahr 2019 aufgegleiste und per 1. Januar 2021 realisierte Möglichkeit für Teilnehmer am UVG-Regressabkommen 2001, durch Unterzeichnung einer Ergänzungsvereinbarung die abkommensrechtliche Bagatellgrenze von CHF 2’000 auf CHF 5’000 anzuheben. Bei Unterzeichnung müssen UVG-Regresse mit anderen Worten erst bearbeitet werden, wenn die Versicherungsleistungen den Betrag von CHF 5’000 überschreiten. Um die damit

Vorexemplar Referenten

verbundenen Einkommensausfälle des Unfallversicherers zu kompensieren und die Branchenwahrheit zu gewährleisten, wurde der Teiler, den der Haftpflichtversicherer im neuen Anwendungsbereich des Abkommens zwischen CHF 5'000 und CHF 50'000 zu tragen hat, von früher 63% auf 71% angehoben. Besonders erfreulich ist, dass sich die Zurich Versicherungs-Gesellschaft unter anderem wegen dieser Entwicklung dazu entschieden hat, dem UVG-Regressabkommen wieder beizutreten. Bereits dieser Beitritt bewirkt eine Vereinfachung des Regresswesens, ist die Kombination von Abkommens- und Rechtslageregress doch oft mühsam und mit Fehlanreizen verknüpft.

2. Regressempfehlung Wasser als Ersatz der SLK-Empfehlung «Fehlerhafte bauliche Konstruktion»

Der Standard-Deckungsausschluss «Fehlerhafte bauliche Konstruktion» in der Wasserversicherung schliesst den Versicherungsschutz für Wasserschäden aus, die als Folge von Mängeln in der Konzeption (Planungs- und Berechnungsfehler) oder in der Ausführung (Herstellung) eines Bauwerks auftreten, sofern ein Baubeteiligter (Unternehmer, Architekt, Ingenieur usw.) nach den gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen für den Schaden einzustehen hat. Häufig ist dieser Deckungsausschluss auf die Sachgewährleistungsfrist von fünf Jahren seit Abschluss der Bautätigkeit beschränkt. Der Hintergrund dieser Klausel ist klar: der Sachversicherer konnte aufgrund seines durch die von Regresskaskade und die Gini-Durlemann-Rechtsprechung eingeschränkten Regressrechts auf den aus Vertrag haftenden Baubeteiligten nur bei grober Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen. Der Deckungsausschluss der fehlerhaften baulichen Konstruktion soll also den Bauherrn dazu zwingen, den aus einer Schlechterfüllung resultierenden Wasserschaden nicht bei seinem Sachversicherer, sondern gegenüber dem Haftpflichtigen direkt geltend zu machen. Wie dargelegt gelten diese Einschränkungen im Regress des Privatversicherers als Folge der Rechtsprechungsänderung in BGE 144 III 209 und der SLK-Empfehlung Nr. 1-2018 sowie dem im revidierten VVG vorgesehenen integralen Regressrecht nun nicht mehr. Entsprechend empfahl die Arbeitsgruppe Regress, die Empfehlung Nr. 02/1994 «Fehlerhafte bauliche Konstruktion als Ausschlussgrund in der Wasserversicherung» durch eine Regressempfehlung zu ersetzen, welche keine «fehlerhafte bauliche Konstruktion» für die Schadensteilung zwischen Sach- und Haftpflichtversicherer vorsieht. Festhalten wollte man an einer entsprechenden Empfehlung, weil sie in der Praxis zahlreiche Diskussionen verhindert und so zu einer effizienten Regressabwicklung beigetragen hatte. Die entsprechende SLK-Empfehlung Nr. 1/2021: Durch Handwerker,

Vorzeitiger Referenten

Planer und/oder Bauleiter verursachte Wasserschäden (Regressempfehlung Wasser), wurde nach intensiven Vorarbeiten und Diskussionen am 26. November 2020 an die SVV-Gesellschaften verschickt.

3. Revision des allgemeinen Verjährungsabkommens BSV/SLK/Suva

Als Reaktion auf das neue Verjährungsrecht trat am 1. Januar 2020 das Allgemeine Verjährungsabkommen BSV/SLK/Suva 2020[22] in Kraft. Dieses Abkommen sieht im Wesentlichen eine dreijährige Regressankündigungsfrist, ein einjähriges Nachmelderecht unter bestimmten Voraussetzungen sowie eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren vor. Dabei regelt es die Verjährung von Regressforderungen der AHV, der IV, des Unfall- und des Privatversicherers. Aufgrund der in der Praxis in den ersten Monaten gesammelten Erfahrungen entschied die gemeinsame Arbeitsgruppe BSV/SLK/Suva, das Abkommen punktuell zu überarbeiten. Im Rahmen dieser Revision sollen – neben kleineren Anpassungen – der sachliche Anwendungsbereich des Abkommens auf reine Personenschäden eingeschränkt, das Abkommen auch für Träger der beruflichen Vorsorge geöffnet und eine Klausel zum Gutglaubensschutz des Empfängers einer Verjährungseinredeverzichtserklärung ergänzt werden. Das Inkrafttreten des revidierten Abkommens ist zeitlich noch nicht festgelegt. Nachdem aber zwischen den Parteien in den wesentlichen Punkten Einigkeit besteht, sollte mit einem Inkrafttreten spätestens per Januar 2022 gerechnet werden können.

4. Revision des Abkommens betreffend Verzicht auf Regressansprüche und Verjährungseinrede

In Zusammenhang mit den vorgesehenen Einschränkungen beim sachlichen Geltungsbereich des allgemeinen Verjährungsabkommens BSV/SLK/Suva wird eine Überarbeitung des Abkommens betreffend Verzicht auf Regressansprüche und Verjährungseinrede (sog. Bagatellabkommen)[23] notwendig werden. Während pauschalisierte Verjährungsregelungen für den Regress des Eigenschadenversicherers, insbesondere den Sachversicherer, kein Problem sind, stellen sich für Rückgriffe in Solidarhaftungskonstellationen aufgrund des Mehrparteienverhältnisses, der unterschiedlichen Deckungen und unterschiedlichen Verjährungsfristen, die in den jeweiligen Beziehungen gelten, schwierige Fragen. Die entsprechenden

22 <www.svv.ch/sites/default/files/2019-12/SVV_Verj%C3%A4hrungsabkommen%20BSV%202020-DE-2.pdf>, besucht am 29.01.2021.

23 <www.svv.ch/sites/default/files/2018-04/1.13%20Abk%20betr%20Verzicht%20auf%20Regresse%20und%20Verj%C3%A4hrung.PDF>, besucht am 29.01.2021.

Vorexemplar Rotkreuzen

Diskussionen sind aktuell noch nicht abgeschlossen. Das Inkrafttreten des revidierten Bagatellabkommens dürfte aber mit demjenigen des revidierten allgemeinen Verjährungsabkommen BSV/SLK/Suva koordiniert werden.

5. Pauschale Amortisation bei Fahrhaberegressen

Im Zeichen der Effizienz steht auch die geplante SLK-Empfehlung, Regressforderungen des Hausratversicherers für Fahrhabeschäden einer pauschalen Amortisation zu unterstellen. Grund für diese geplante Regelung bildet der Umstand, dass bei Fahrhabeschäden an Hausrat regelmässig keine oder nur noch vereinzelte Belege vorhanden sind, um den Zeitwert der zerstörten Sachen bestimmen und die Regressforderung substantiieren zu können. Eine pauschale Amortisation solcher Schäden unabhängig vom Alter des beschädigten Hausrats soll entsprechende Diskussionen überflüssig und die Regressabwicklung unkomplizierter machen.

B. Digitalisierung – Die Regressplattform

Die digitale Transformation von Geschäftsmodellen, Prozessen und Arbeitsmethoden, die Nutzung von Big Data sowie die Entwicklung von Regelwerken und – mit einem Blick in die Zukunft – Artificial Intelligence-Lösungen wird in der Privatassekuranz seit einigen Jahren absolut prioritär behandelt. Gerade die Regressabwicklung, welche stark vereinfacht darin besteht, mögliche Haftpflichtige in den Leistungsfällen zu erkennen, Informationen auszutauschen, diese zu beurteilen und gestützt auf diese Beurteilung eine Zahlung bzw. Gutschrift auszulösen oder den Fall abzuschreiben, ist dieser Entwicklung besonders zugänglich. Und so erstaunt es wenig, dass die Privatassekuranz im Jahr 2018 den Startschuss für die Entwicklung einer digitalen Plattform zur Vereinfachung des Regresswesens gegeben hat. Über die letzten zwei Jahre arbeitete ein Team aus externen Projektleitern und Entwicklern mit Spezialisten und Testern aus der Privatassekuranz an der Realisierung dieses grossen Vorhabens. Die Plattform ist im heutigen Zeitpunkt praktisch vollständig entwickelt, der operative Go-Live auf den 1. Juli 2021 festgelegt. Nachfolgend soll nun etwas näher auf die Funktionsweise und den geplanten Nutzen der Regressplattform eingegangen werden.

1. Elektronischer Datenaustausch

Im Rahmen der Abwicklung von Regressfällen müssen regelmässig zahlreiche Informationen ausgetauscht werden. Dabei handelt es sich in der Regel um amtliche Akten, Zahlungsbelege, medizinische Akten, Gutachten, Korrespondenz, Leonardo-Berechnungen, etc. Insbesondere in Personenschäden enthalten diese

Vorexemplar Referenten

Akten regelmässig besonders schützenswerte Personendaten, weshalb ein elektronischer Austausch via E-Mail nur zulässig ist, wenn beide Gesellschaften denselben Verschlüsselungsstandard verwenden. Im Übrigen werden Akten auch heute noch auf dem Postweg verschickt, was stets mit Medienbrüchen einhergeht. So werden Korrespondenz und Beilagen vom regressierenden Versicherer aus seinem elektronischen Schadensystem ausgedruckt, in ein Couvert verpackt und per firmeninternem Postdienst verschickt. Die Haftpflichtversicherung nimmt die Unterlagen in ihrem Verteilzentrum entgegen, scannt die Akten ein und lädt sie ihrerseits wiederum in ihr elektronisches Schadensystem. Ist der Fall noch nicht angelegt, müssen die Angaben der geschädigten Person wie auch des regressierenden Versicherers manuell erfasst werden.

Dies soll sich mit der Regressplattform ändern. Will man in Zukunft eine Regressankündigung oder eine Regressforderung stellen, können die entsprechenden Angaben mittels eines User Interface im Internet Browser eingegeben und sämtliche Arten von Dokumenten, aber auch Fotos, Videos, Schadensberechnungen, etc. hochgeladen werden. Dies können sogar ganze Dossiers sein. Per Go-Live wird zudem eine sog. API, also eine elektronische Schnittstelle, zur Verfügung gestellt, über die der regressierende Versicherer die entsprechenden Daten direkt aus seinem Schadensystem an die Regressplattform schicken kann und so eine Eingabe im User Interface nicht mehr nötig ist. Geplant ist auch eine Schnittstelle, um neben den Daten auch Dokumente hochladen zu können. So kann – zumindest nach der Anbindung des eigenen Systems an die Regressplattform – eine Ankündigung und/oder eine Forderung inkl. begleitender Dokumente mit wenigen Klicks direkt aus dem Schadensystem des regressierenden Versicherers an den Haftpflichtversicherer verschickt werden. Dabei werden sämtliche Daten (also insbesondere Angaben zum Versicherungsnehmer und der versicherten Person des regressierenden Versicherers, aber auch Angaben zum Verursacher, zum Schadenhergang, etc.) strukturiert versendet, was es dem Haftpflichtversicherer in einem späteren Zeitpunkt[24] ermöglichen wird, die eingehende Forderung inkl. der Dokumente vollautomatisch der korrekten Police bzw. einem bereits eröffneten Schadenfall zuzuweisen oder – falls noch kein Schaden eröffnet ist – einen solchen automatisch zu eröffnen sowie die via Plattform übermittelten Informationen zum regressierenden Versicherer, dessen Versicherungsnehmer etc. in seinem Schadensystem automatisch zu ergänzen.

Vorexemplar Referenten

[24] Die entsprechende Schnittstelle ist geplant, dürfte jedoch noch nicht per Go-Live verfügbar sein.

2. Automatisierung In-/Exkasso

Eine Frage der Implementierung ins Stammsystem jeder Gesellschaft ist, ob im Falle des Versands einer Forderung automatisch ein buchhalterisches Guthaben erstellt und der Forderung eine ESR-Referenznummer zugeordnet wird, die ebenfalls via Regressplattform an den Haftpflichtversicherer übermittelt werden kann und die später eine vollautomatische Verbuchung eines allfälligen Regresseingangs ermöglicht. Auf Seiten des Haftpflichtversicherers ebenfalls denkbar ist die vollautomatische Auslösung der Zahlung bei Bestätigung der an ihn gerichteten Regressforderung, zumal sämtliche erforderlichen Zahlungsinformationen via Regressplattform an ihn übermittelt werden.

3. Beschränkter Forderungsaustausch

Neben den dargelegten Massnahmen, welche die Eliminierung von Administrativaufwand bezwecken, zielen die Beschränkung des Forderungsaustauschs in kleineren Regressfällen sowie die damit verknüpfte Schiedsgerichtsbarkeit (mehr dazu gleich) darauf ab, dass die Fallführer beider Seiten die Regressforderung bzw. deren (Teil-)Ablehnung sauber begründen und belegen. Zur Erreichung dieses Ziels steht den Fallführern in Fällen mit einer Regressforderung von weniger als CHF 30’000 nur ein zweimaliger Forderungsaustausch zur Verfügung. Etwas konkreter sieht der Prozess wie folgt aus: Nach der Forderungsstellung durch den Regressgläubiger kann der Regressschuldner entscheiden, ob er die Forderung akzeptieren, sie ablehnen oder eine reduzierte Zahlung offerieren will. Sofern er die Forderung nicht direkt akzeptiert, muss der Regressgläubiger entscheiden, ob er die Ablehnung oder den Gegenvorschlag des Regressschuldners akzeptiert, an seiner ursprünglichen Forderung festhält oder seinerseits einen Kompromissvorschlag unterbreitet. Sofern er die Ablehnung oder den Gegenvorschlag nicht akzeptiert, erhält der Regressschuldner eine letzte Gelegenheit, sich mit der (allenfalls reduzierten) Forderung des Regressgläubigers auseinanderzusetzen. Er kann diese wiederum akzeptieren, ablehnen oder einen Gegenvorschlag unterbreiten. Nun ist der Forderungsaustausch vorüber. Sollte der Regressschuldner in diesem Zeitpunkt die letzte Forderung des Regressgläubigers nicht akzeptieren, hat letzterer nun zu entscheiden, ob er den letzten Standpunkt des Regressschuldners (Ablehnung oder Gegenvorschlag) akzeptieren oder den Fall in ein Schiedsverfahren steuern soll, das nachfolgend beschrieben wird.

Vorexemplar Referenten

4. Schiedsverfahren

Gänzlich neue Wege beschreitet die Privatassekuranz mit dem Schiedsverfahren, das gemeinsam mit der Regressplattform implementiert wird. Ist der regressierende Versicherer nämlich mit der letzten Ablehnung bzw. dem letzten Gegenvorschlag nicht einverstanden und steuert er die Forderung in das Schiedsverfahren, weist die Plattform die Forderung einer Schiedsperson zu, welche abschliessend über die Meinungsverschiedenheit zwischen Regressgläubiger und Regressschuldner entscheidet. Diese Schiedsperson wird von der Plattform zufällig aus sämtlichen gemeldeten Schiedspersonen ausgewählt, wobei darauf geachtet wird, dass die ausgewählte Schiedsperson nicht bei einer der mitbeteiligten Gesellschaften angestellt ist und über die nötigen Sprachkenntnisse verfügt. Mit anderen Worten: in Zukunft entscheidet z.B. eine bei der Mobiliar angestellte Schiedsperson über eine zwischen Helvetia und Basler streitige Regressforderung. Die Schiedspersonen sind von der jeweiligen Gesellschaft zu nominieren, wobei den sog. Vertretern des Schiedswesens, einem Gremium, das aus jeweils einem Vertreter jeder teilnehmenden Gesellschaft besteht, die Möglichkeit zusteht, Schiedspersonen begründet abzulehnen. Für den Schiedsentscheid wird eine pauschale Gebühr erhoben, die nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien verteilt wird. Mit dieser Gebühr soll letztlich ein finanzieller Anreiz dafür gesetzt werden, den sog. Regresskodex zu befolgen, wonach u.a. die regressierenden Gesellschaften nur Regressforderungen geltend machen sollen, die ihrer Überzeugung nach auch tatsächlich geschuldet sind und die Haftpflichtversicherer auf der anderen Seite Regressforderungen nur dann (ganz oder teilweise) ablehnen, wenn sie überzeugt sind, die entsprechende Zahlung nicht leisten zu müssen.

C. Pauschalisierter Regressausgleich

Im Moment erst angedacht ist die Möglichkeit, Standardregresse[25] nicht mehr auf Einzelfallbasis zu regulieren, sondern den Regressausgleich unter Berücksichtigung der Portefeuilles versicherungsmathematisch zu berechnen und periodisch durchzuführen. Die grösste Schwierigkeit, die einem derartigen Vorgehen im Wege steht, dürfte die Wahrung der sog. Policenwahrheit sein. Dies bedeutet, dass auf der einen Seite die Haftpflichtpolice des Verursachers korrekt belastet werden muss, was insbesondere für dessen Pflicht zur Leistung des Selbstbehalts und für eine korrekte Berechnung der Prämie von Bedeutung ist. Auf der anderen Seite

[25] Gemeint sind damit sämtliche Regressforderungen ohne diejenigen, die in komplexen Personen- oder Sachschäden entstehen.

Vorexemplar Referenten

muss die Eigenschadenpolice der geschädigten Person bzw. des Versicherungsnehmers korrekt entlastet werden, um ungerechtfertigte Prämienerhöhungen als Folge einer zu hohen Schadenbelastung zu verhindern.

IV. Schlusswort

Spannende Entwicklungen erwarten uns, sowohl im Koordinationsrecht als auch im Regresswesen selbst. Einige dieser Entwicklungen, namentlich die Klärung gewisser haftpflicht- oder koordinationsrechtlicher Fragen in hängigen Verfahren, das Inkrafttreten einiger Abkommen und Empfehlungen sowie die Inbetriebnahme der Regressplattform und des damit verbundenen Schiedswesens werden wir bereits in den kommenden Monaten mitverfolgen können. Bis andere, noch nicht prozessual anhängig gemachte fachliche Fragen geklärt sind, die Regressplattform durch zusätzliche Schnittstellen und Funktionalitäten erweitert sowie – allenfalls – irgendwann erste Schritte in Richtung eines pauschalisierten Regressausgleichs unternommen werden, dürften noch einige Jahre vergehen. Zum Glück, denn so bleibt eine Tätigkeit im Schadenausgleichsystem was sie immer gewesen ist: eine grosse, spannende Herausforderung.

Literaturverzeichnis

BIRRER-HEIMO PRISCA, Das Versicherungsvertragsgesetz im politischen Prozess, HAVE 2020, 296 ff.

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR, 4. Aufl., Bern 2013

FELLMANN WALTER, Irrungen und Wirrungen des direkten Forderungsrechts, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 83 ff.

GAUCH PETER, Das VVG: Immer noch alt und revisionsbedürftig, HAVE 2002, 62 ff.

KELLER ALFRED, Haftung im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002

MÖSCH DAVID, Die Figur des professionellen Versicherungsnehmers im revidierten Versicherungsvertragsgesetz, HAVE 2020, 316 ff.

ROTHENBERGER ADRIAN, Bedeutung des Urteils 4A_602/2017 für die Privatassekuranz, HAVE 2018, 354 ff.

STÖCKLI HUBERT, Revidiertes VVG: aufgefrischte Systematik und punktuelle Neuerungen, HAVE 2020, 300 ff.

Vorexemplar Referenten

Vorexemplar Referenten

Jörg Jeger*

Königsweg, Holzweg oder Hohle Gasse? Erfahrungen aus 30 Jahren medizinischer Begutachtung

Inhaltsverzeichnis

I.	**Einführung**	**330**
II.	**Entwicklungen in der klinischen Medizin**	**330**
	A. Krankheitsbilder und Klassifikationen	331
	B. Neue Bildgebungsverfahren	334
	C. Neue Laborverfahren	335
	D. Neue Behandlungsmethoden	336
	E. Evidenzbasierte Medizin	337
	F. Behandlungsleitlinien	338
	G. Digitalisierung in der Medizin	340
	1. Literaturdatenbanken	340
	2. Klinische Datenbanken	340
	3. Elektronische Krankengeschichte	341
	4. Elektronisches Patientendossier	342
	5. Big Data	342
	H. Ärztliche Ausbildung, Weiterbildung und Fortbildung	343
	I. Tarifierung ärztlicher Leistungen	344
	J. Einfluss von Politik, Recht und Ökonomie auf die Medizin	346
III.	**Entwicklungen in der Versicherungsmedizin**	**348**
	A. Krankheitsbilder und Klassifikationen	348
	B. Bedeutung der Bildgebung in der Begutachtung	350
	C. Bedeutung der Laborverfahren in der Begutachtung	352
	D. Bedeutung neuer Therapien in der Begutachtung	353
	E. Evidenzbasierte Versicherungsmedizin (EbIM)	354
	F. Begutachtungsleitlinien	354
	G. Digitalisierung in der Versicherungsmedizin	357
	1. Elektronische Dossierführung	357
	2. Aktivitäten der Exploranden in den Social Media	357
	H. Versicherungsmedizinische Aus-, Weiter- und Fortbildung	358
	I. Tarifierung gutachterlicher Leistungen	360
	J. Einfluss von Politik, Recht und Ökonomie auf die Begutachtung	361
	1. Regelung des Abklärungsverfahrens	361

* Dr. med., Rheumatologie FMH, EMBA, MAS Versicherungsmedizin, ehem. Chefarzt MEDAS Zentralschweiz, Luzern.

Vorschau für Referenten

2. Professionalisierung der Versicherungsmedizin 362
3. Privatisierung des Gutachterwesens 363
4. Eingriffe der Rechtsprechung in medizinische Belange 364
5. Observationsmaterial in der Begutachtung 365
6. Personelle Vertretung der Medizin im BSV 365

IV. Ausblick 366

Literaturverzeichnis 367

I. Einführung

Sowohl klinische Medizin wie auch Versicherungsmedizin haben in den letzten Jahrzehnten erhebliche Veränderungen erfahren. Im ersten Abschnitt zeigt der Aufsatz auf, welche Entwicklungen die klinische Medizin genommen hat. Im zweiten Abschnitt wird dargelegt, wie sich diese Entwicklungen in der Versicherungsmedizin abgebildet haben.[1]

Begutachtung ist eine äusserst interessante Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht. Trotz aller Fortschritte ist die Begutachtung eine Stellungnahme eines Menschen zu einem anderen Menschen, sie ist somit einem subjektiven Ermessen unterworfen.

II. Entwicklungen in der klinischen Medizin

Die Medizin ist einem ständigen Wandel unterworfen. Die Halbwertszeit des gültigen Forschungstandes ist recht kurz. Das erleben wir aktuell in ausserordentlich eindrücklichem Ausmass anhand der Covid-19 Pandemie, wo sich die Erkenntnisse in sehr kurzen Abständen erweitern und vermutete Wahrheiten wieder über Bord geworfen werden müssen.

[1] Der Autor hat 1988 den Facharzttitel für Physikalische Medizin und Rehabilitation und 1990 für Rheumatologie erworben und wirkt seither auch als medizinischer Experte. Von 1990 bis 2003 war er in eigener Praxis und an einer Privatklinik tätig, von 2003 bis Ende Januar 2020 Leiter eines professionellen Gutachteninstituts, das von einer Stiftung getragen wird. Er beleuchtet die Entwicklung anhand seiner eigenen Berufserfahrung und äussert seine persönliche Ansicht.

Vorexemplar Referenten

A. Krankheitsbilder und Klassifikationen

Im 19. Jahrhundert wurde in Paris die erste Klassifikation von Krankheiten eingeführt. Hintergrund der Einführung war der Wunsch des Bürgermeisters, zu wissen, woran die Einwohner von Paris starben. Diese Klassifikation war in erster Linie eine Aufzählung der Todesursachen. Erst anlässlich späterer Überarbeitungen entstand daraus eine Klassifikation der Krankheiten.

Die Krankheitsbilder haben in den letzten Jahrzehnten Änderungen erfahren. Einige Leiden sind zeitstabil, andere stark dem Zeitgeist unterworfen. Eine Lungenentzündung oder eine Oberschenkelfraktur sieht heute noch ähnlich aus wie vor 100 Jahren, geändert haben sich die Behandlungskonzepte und die Heilungschancen. Wesentlich verändert hat sich aber die Einstellung der Gesellschaft zu weit verbreiteten Phänomenen wie Trauer, Schmerz, Müdigkeit, Sexualverhalten oder der Vorstellung, was «normales Funktionieren» bedeutet. Diese Entwicklung bildetet sich in den Revisionen der «International Classification of Diseases» (ICD) ab.

Die Vorgängerklassifikation *«International List of Causes of Death»* (ILCD) von 1900 umfasste erst 191 Einträge[2], ausschliesslich Todesursachen. Psychische Leiden findet man erst ansatzweise, vorwiegend Leiden, die man heute als psychoorganisch einstuft. Diese Liste wurde mehrmals revidiert und nach der Gründung der WHO 1948 in der 6. Revision als ICD-6 von ihr übernommen. In dieser Liste – die schon mehrere Hundert Einträge umfasste – fanden sich nun auch viele primär nicht tödliche Krankheiten, auch psychische Leiden wie beispielsweise *«Neurotic-depressive reaction»* (Code 314), *«Psychoneurosis with somatic symptoms (somatisation reaction) affecting circulatory system»* (Code 315) und *«Pathological personality»* (Code 320). Es gab damals aber noch keine Definitionen, was mit diesen Diagnosen gemeint war. Die Beschreibung der Krankheiten musste man den einschlägigen Lehrbüchern entnehmen. Die ICD-7 von 1955 unterschied in drei Kapiteln *«Psychosen»*, *«psychoneurotische Störungen»* und *«Charakter- und Verhaltensstörungen»*. *«Sexual deviation»* wurde als Persönlichkeitsstörung eingestuft (Code 320.6). Interessant ist, dass Alkoholismus schon damals als Krankheit (Code 322.1) aufgefasst wurde. In den folgenden Revisionen wurden die Krankheiten zunehmend weiter differenziert. In der ICD-8 von 1965 erschien die Homosexualität unter dem Code 302.0 als Krankheit. In der ICD-9 von 1975 wurde sie zur *«Ego-dystonic homosexuality»* und in der ICD-10 von 1990 gestrichen. Aktuell verwenden wir noch die ICD-10, in der die psychiatrischen Leiden

2 <www.wolfbane.com/icd/icd1h.htm>, zuletzt besucht am 29.01.2021.

Vorzeitige Referenten

im Kapitel F aufgeführt werden. Die stark überarbeitete Version ICD-11, welche viele Veränderungen bringen wird, wurde im Mai 2019 von der *World Health Assembly* der WHO verabschiedet und wird vermutlich ab 2022 eingeführt.

1977 hat der amerikanische Internist GEORGE L. ENGEL[3] in einer Publikation erstmals ein *«biopsychosoziales Krankheitsmodell»* vorgeschlagen. Dem Aufsatz wurde eine derart grosse Bedeutung beigemessen, dass er in der renommierten Zeitschrift *«Science»* veröffentlicht werden konnte. Das neue Krankheitsmodell entsprosss der Einsicht, dass viele Krankheiten nicht monokausal erklärt und verstanden werden können, sondern aus einem komplexen Zusammenspiel von biologischen, psychischen und sozialen Faktoren heraus entstehen. Entsprechend wird auch für deren Behandlung ein biopsychosozialer Ansatz benötigt. Dies trifft insbesondere bei vielen chronischen Erkrankungen zu. Das biopsychosoziale Krankheitsmodell ist in der Medizin heute weit verbreitet und wird kaum mehr angezweifelt. Linear-kausal biologisch lassen sich praktisch nur akute somatische Krankheiten erklären.

Die geschilderte Entwicklung zeigt, dass vorab psychische und schwer objektivierbare Leiden stark dem Zeitgeist unterworfen sind. 1990 wurde vom *American College of Rheumatology* (ACR) die *Fibromyalgie* als chronisches weichteilrheumatisches Schmerzsyndrom definiert. Die neue ICD-11 enthält nun einen speziellen Code MG30.1 für *«Chronic Widespread Pain».* Chronischer Schmerz wird heute mehrheitlich nicht nur als Symptom, sondern als Krankheit aufgefasst.[4]

Der Medizin ist verschiedentlich vorgeworfen worden, sie dehne den Katalog der Krankheiten unreflektiert aus, sie pathologisiere zunehmend weite Teile des normalen menschlichen Lebens.[5] Man spricht in diesem Zusammenhang von *«Medikalisierung»* oder *«Medizinalisierung»*.[6] Das Thema ist vielschichtig und kann hier nicht umfassend abgehandelt werden. Gestattet sei der Hinweis, dass Medikalisierung auf einer komplexen Interaktion zwischen Medizin und Gesellschaft beruht. Krankheitsbilder werden von der Ärzteschaft definiert. Dabei spielen nicht nur wissenschaftliche Erkenntnisse eine Rolle, sondern auch äussere Einflüsse

3 ENGEL (1977).
4 TREDE (2019).
5 Kritik in ILLICH (1995); HADLER (2007); FRANCES 2013; FRANCES 2014.
6 Vgl. Bulletin der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften Nr. 4/2012: «Von Medikalisierung spricht man, wenn etwa Stress am Arbeitsplatz oder Überforderung durch Kinderbetreuung zu Symptomen führen, die medizinisch behandelt werden; wenn also, statt die gesellschaftlichen Ursachen anzugehen, die Problemlösung in die Verantwortung von Ärztinnen und Ärzten ausgelagert wird. Medikalisierung führt zu explodierenden Kosten im Gesundheitssystem – und sie macht Menschen zu Patienten, deren Anliegen eigentlich politisch zu lösen sind.».

Vorexemplar Referenten

vieler Stakeholder (Gesellschaft, Politik, Patienten, Patientenorganisationen, Pharmaindustrie). Anderseits muss sich die Medizin heute um viele Zustände kümmern, die früher von der Grossfamilie und der Religion abgefangen wurden. So hört man heute gehäuft von Hausärzten, sie fühlten sich als *«Quartiersozialarbeiter»*. Einiges hat sich die Medizin aktiv einverleibt, vieles wurde aber in die Medizin «hineingespült». Das widerspiegelt sich auch im Wandel der Definitionen von *«gesund»* und *«krank»*.[7]

Ein besonders heftiger Kritiker dieser Ausdehnung der medizinisch definierten Krankheitsbilder ist der Psychiater ALLAN FRANCES. Er war der Leiter der Arbeitsgruppe, welche das US-amerikanische psychiatrische Diagnosemanual DSM-IV (1994 veröffentlicht) entwickelt hatte. Mit dem Weg, welchen die neue Version DSM-5 (2013 publiziert) eingeschlagen hat, ist er in vielerlei Hinsicht nicht einverstanden.[8]

Die Medizin – vorab in den Industrienationen – hat zunehmend Menschen mit chronischen Erkrankungen und Behinderungen zu betreuen. Die Diagnosen geben meist nur wenig Informationen über das Ausmass einer Behinderung. Die Diagnose *«koronare Herzkrankheit»* kann bedeuten, dass ein Mensch alle seine Funktionen in Beruf und Familie wahrnehmen kann, ebenso ist möglich, dass jemand schwere Einschränkungen in vielen Teilbereichen des Lebens aufweist. Für die Erfassung und Beschreibung einer Behinderung hat die WHO deshalb zur Ergänzung der ICD die «*International Classification of Functioning, Disability and Health»* geschaffen und 2001 publiziert.[9]

Die ICF wird vorwiegend in der Rehabilitationsmedizin konsequent verwendet. Sie beinhaltet auch ein spezielles Vokabular, das fächerübergreifend vom Pflegepersonal, Physiotherapeuten, Ergotherapeutinnen, Sozialarbeitern und Ärztinnen benutzt wird.

Vorexemplar Referenten

7 BIRCHER 2006; BIRCHER (2019); FRANKE (2012).

8 FRANCES (2013); FRANCES (2014). Einige öffentliche Vorträge von ALLAN FRANCES im Feldzug gegen das DSM-5 können in YouTube mit dem Search «allen frances dsm 5 criticism» eingesehen werden, zuletzt besucht am 28.01.2021.

9 Vgl. SCHUNTERMANN (2018).

B. Neue Bildgebungsverfahren

Die ersten Computertomografie-Geräte (CT) kamen 1972 zum klinischen Einsatz[10], die ersten Magnetresonanztomografie-Geräte (MRT) 1985[11]. Mit beiden Verfahren können Schnittbilder hergestellt und die räumliche Verteilung rekonstruiert werden. Die CT ist mit einer Strahlenbelastung verbunden, die MRT nicht. Mit diesen beiden Verfahren wurde es möglich, den menschlichen Körper ohne invasive Eingriffe bildlich darzustellen wie in anatomischen Atlanten. Entsprechend begeistert waren die klinisch tätigen Ärzte, zumal die Verfahren in praktisch allen Teilgebieten der Medizin eingesetzt werden können, in der Inneren Medizin ebenso wie in der Chirurgie und Traumatologie. So sind Bandscheibenvorfälle (Diskushernien) und Gehirntumoren ohne schmerzhafte Diagnostik in ihrem wahren Ausmass darstellbar und eine Operation kann zielgenau geplant werden. Auch für die Krebsvorsorge, Tumorbehandlung und Nachsorge bieten CT und MRT unschätzbare Vorteile gegenüber der konventionellen Radiologie.

Eine rasante Entwicklung ermöglichte auch die Einführung der Ultraschalldiagnostik (Sonografie). Erste sonografische Darstellungen des ungeborenen Kindes wurden 1958 vom Engländer IAN DONALD (1910–1987) veröffentlicht. Eine breite Anwendung in verschiedenen Fachgebieten erlebte die Sonografie ab den 1980er Jahren. Sie gehört inzwischen in der Gynäkologie, der Inneren Medizin und der Rheumatologie zur Standarddiagnostik in der Arztpraxis wie auch im Spital.

Die Mediziner mussten aber lernen, mit diesen neuen Verfahren umzugehen. Weder Sonografie, CT noch MRT bieten per se ein *«objektives»* Untersuchungsergebnis, auch keine Diagnose. Die Bildgebung liefert eine Vielzahl unterschiedlicher Grauwerte, die von einer geschulten Fachperson interpretiert werden müssen. Dies benötigt sowohl Fachkenntnisse über die Hintergründe der Bildgebung wie auch anatomische und pathophysiologische Kenntnisse des menschlichen Körpers. Nicht jeder von der Norm abweichende schwarze oder weisse Punkt bedeutet Pathologie. So sind durch Fehlinterpretationen sowohl falsch-negative wie auch falsch-positive Ergebnisse möglich (und gefürchtet).

Vorexemplar Referenten

10 Prototyp 1969 von GODFREY HOUNSFIELD (1919–2004), damals Elektrotechniker bei EMI. Wichtige Grundlagenforschungen lieferte ALLAN M. CORMACK (1924–1998). Die beiden Forscher erhielten bereits 1979 den Nobelpreis für Medizin, was zeigt, welche Bedeutung man ihrer Entwicklung damals zuschrieb. Zu Ehren von HOUNSFIELD werden die in der CT gemessenen Dichte-Werte in HOUNSFIELD-Einheiten ausgedrückt.

11 Die wichtigsten Grundlagen für die MRT lieferten der amerikanische Chemiker PAUL CHRISTIAN LAUTERBUR (1929–2007) und der britische Physiker PETER MANSFIELD (1933–2017). Die beiden Forscher wurden 2003 mit dem Nobelpreis für Medizin geehrt.

Die Bedeutung der Interpretation in der Radiologie war schon mehrfach Gegenstand der Forschung. Eine besonders eindrückliche Studie stammt von CARRINO et al. und wurde 2009 publiziert.[12] In dieser Untersuchung wurden 111 Magnetresonanztomografien von drei sehr erfahrenen Neuroradiologen und einem Orthopäden nach vorgängiger Instruktion und unter optimalen Studienbedingungen befundet. Dabei zeigte sich, dass die Übereinstimmung der interpretierenden Experten (ausgedrückt anhand des sog. Kappa-Wertes) nur im mittleren Bereich lag. Selbst sehr erfahrene Experten waren sich in der Interpretation der vermeintlich objektiven Befunde längst nicht immer einig.

Auch wenn die Medizintechnik in den letzten 30 Jahren enorme Fortschritte gemacht hat, so können nach wie vor viele klinisch relevante Leiden nicht bildlich dargestellt werden. Dies betrifft in erster Linie die Psychiatrie, wo sich die Diagnostik schwergewichtig weiterhin auf die anamnestischen Angaben (die Klagen), die klinischen Befunde und allenfalls standardisierte psychologische Testverfahren stützen muss. Die Hoffnung der Entwickler des DSM-5 und der ICD-11, man könne die Diagnostik in der Psychiatrie aufgrund neuer Forschungsergebnisse vermehrt auf Bildgebung und Biomarker abstützen, hat sich vorerst als Illusion erwiesen.

C. Neue Laborverfahren

Neue Testverfahren haben auch die Labordiagnostik treffsicherer und effizienter gemacht. In der Rheumatologie betrifft dies vor allem den Nachweis einer Vielzahl von Antikörpern bei den Autoimmunerkrankungen (z.B. rheumatoide Arthritis, Skleordermie, Lupus erythematodes). Der Nachweis spezifischer Antikörper dient dabei nicht nur der Diagnose, teilweise können auch Aussagen zur Prognose gemacht werden.

Wie effizient die moderne Labormedizin ist, hat die Covid-19 Pandemie gezeigt. In schneller Abfolge wurden neue, treffsichere, in Massenproduktion herstellbare und billigere Testverfahren eingeführt.

Nicht erfüllt hat sich aber bis dato die Hoffnung, man könne psychiatrische Leiden anhand von Biomarkern im Blut diagnostizieren und damit *«objektivieren»*.

12 CARRINO (2009).

Vorexemplar Redaktion

D. Neue Behandlungsmethoden

Auf dem Gebiet der medikamentösen Behandlungen wurden enorme Fortschritte erzielt. Als Beispiel sei die Einführung der sog. *Biologika*[13] in der Rheumatologie Mitte der 1990er Jahre genannt. Es handelt sich dabei um biologisch hergestellte Medikamente zur Langzeittherapie chronischer rheumatischer Entzündungen (rheumatoide Arthritis, Morbus Bechterew, Psoriasis-Arthropathie). Die Einführung der Biologika hat die Prognose der rheumatischen Entzündungen massiv verbessert, so dass wir heute sowohl als klinisch tätige Ärzte wie auch als Gutachter nur noch selten Patienten mit massiv zerstörten Gelenken zu sehen bekommen. Diese Medikamente sind in der Regel gut verträglich, aber teuer.[14]

Ähnliche Fortschritte wie in der Rheumatologie wurden in den Fachbereichen Neurologie (Behandlung der Multiplen Sklerose und der Migräne), Onkologie (Einführung einer Vielzahl von Antikörpern zur Krebstherapie, beispielsweise bei Mamma-Carcinom) und in der Inneren Medizin (Behandlung des Diabetes mellitus) gemacht.

Im gleichen Zeitraum erzielten auch die viszerale und die orthopädische Chirurgie erhebliche Fortschritte. Viele Eingriffe könne heute *minimal-invasiv* vorgenommen werden, z.B. die Entfernung der Gallenblase (laparaskopische Cholecystektomie) oder die Implantation eines künstlichen Hüftgelenkes (Endoprothese). Als der Schreibende in den 1980er Jahren als Assistenzarzt an chirurgischen und orthopädischen Kliniken arbeitete, wurden Patienten für eine Cholecystektomie drei Wochen hospitalisiert. Die Nahrung musste nach einem offenen Abdominaleingriff über Wochen langsam aufgebaut werden. Erhielt eine Patientin ein künstliches Hüftgelenk, bedingte dies einen Spitalaufenthalt von drei Wochen im Akutspital und einen Aufenthalt von weiteren vier Wochen in einer Rehabilitationsklinik.

Heute können laparaskopische Cholecystektomien teilstationär oder ambulant vorgenommen werden. Für die Implantation einer Hüft-Totalendoprothese (TEP) werden noch wenige Tage Spitalaufenthalt benötigt, sofern keine gravierenden

[13] Biologika sind Arzneimittel mit einer komplexen Struktur und einem hohen Molekulargewicht, die aus oder mithilfe biologischer Organismen gewonnen werden. Sie können aus Proteinen, Nukleinsäuren, Zuckern oder Kombinationen dieser Substanzen bestehen. Typische Beispiele von Biologika sind die TNF-alpha-Inhibitoren für die Behandlung entzündlicher Autoimmunerkrankungen (<www.wikipedia.de>, zuletzt besucht am 27.01.2021).

[14] Je nach Präparat und benötigter Dosis Jahrestherapiekosten von etwa CHF 10'000 bis CHF 15'000. Häufig verwendete Substanzen sind: Remicade®, Enbrel®, Humira®, Cimzia®, Simponi® (sog. TNF alpha-Blocker), Actemra® (Interleukin 6-Hemmer), Xelianz® (JAK-Hemmer) u.a.

Voreximplantationen

Komorbiditäten oder schwierige soziale Verhältnisse vorliegen. Die meisten Patienten nach Implantation einer Hüft-TEP können ambulant rehabilitiert werden. Die minimal invasive Chirurgie hat auch enorme Fortschritte bei der Behandlung einer einfachen Diskushernie oder eines engen Spinalkanals erzielt. Die Verlagerung auf eine wenig traumatisierende Chirurgie bedeutet nicht nur deutlich weniger Spitaltage, sondern auch eine verkürzte Rehabilitationszeit mit rascherer Wiedererlangung der Funktionsfähigkeit in Beruf und Familie. Die Kehrseite der Medaille ist eine Kostenzunahme: Sowohl die technische Entwicklung wie auch der erhöhte Turnover an Patienten und die dadurch bedingte intensivere Pflege im Spital führen zu einer erheblichen Kostenzunahme des einzelnen Spitaltages.

E. Evidenzbasierte Medizin

Medizinische Entscheidungen haben immer schon auf einer gewissen Evidenz beruht, sei es auch nur die persönliche Berufserfahrung des Chefarztes. Das war eher eine *«eminenzbasierte Medizin»*. Die persönliche Berufserfahrung eines Arztes ist aber beschränkt. Auch mit langjähriger Berufstätigkeit bekommt man Krankheitsverläufe nur in beschränkter Anzahl zu Gesicht, seltene Krankheiten vielleicht nur einige wenige Male.

In den 1980er Jahren haben mehrere klinische Epidemiologen die Ansicht vertreten, dass das medizinische Wissen dringend gesammelt, gebündelt und den klinisch tätigen Ärzten niederschwellig zur Verfügung gestellt werden muss. Der Patient habe Anrecht auf die durch die Forschung erwiesene aktuell beste Behandlung. Daraus ist die *«evidenzbasierte Medizin»* (EBM) entstanden. Der Name dieser Methodik wurde vom Kanadier GORDON GUYATT geprägt. Weitere Väter der EBM waren DAVID SACKET (1934–2015) in Kanada und ARCHIE COCHRANE (1909–1988) in Grossbritannien. Zu seinen Ehren wurde 1993 die COCHRANE COLLABORATION gegründet, das Referenzzentrum für medizinische Reviews und Metaanalysen.

DAVID SACKET definierte EBM als den *«gewissenhaften, ausdrücklichen und umsichtigen Gebrauch der aktuell besten Beweise für Entscheidungen in der Versorgung eines individuellen Patienten»*.[15] EBM bedeutet die Integration der besten externen Forschungsergebnisse und der persönlichen Berufserfahrung des Arztes bei der Falllösung am konkreten Patienten.

15 SACKET (1996).

Vorexemplar Referenten

Die vermehrte Anwendung dieser Methodik erleichtert die Auswahl der qualitativ besten zur Verfügung stehenden Behandlung und die effiziente Verteilung der Ressourcen.

EBM löst aber nicht alle Probleme. Die medizinische Forschung schreitet rasant voran und bis die Datenlage in Reviews und Metaanalysen ausgewertet wird, vergehen oft einige Jahre. EBM kann zu einer Verzögerung des Wissenstransfers führen, wenn sie zu strikt aufgefasst wird.

Es gibt auch immer wieder Situationen, in der die gemäss EBM theoretisch beste Therapie am konkreten Patienten nicht angewendet werden kann, sei es wegen einer individuellen Überempfindlichkeit, einer Aversion oder wegen bestehenden Komorbiditäten. Selbstverständlich müssen dann die Bedürfnisse des individuellen Patienten berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung der persönlichen Situation des Patienten gehört auch zur Methodik der EBM, wie sie von den Erfindern konzipiert wurde. EBM darf nicht als sture *«Kochbuch-Medizin»* missverstanden werden.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass medizinische Studien oft unter optimierten Standardbedingungen durchgeführt werden: Einheitliches Patientenkollektiv, Ausschluss von Patienten mit Komorbiditäten, optimale Betreuung während der Studie, z. B. bezüglich Medikamenteneinnahme und Monitoring. Dies kann zu einer Verzerrung des Therapieerfolges im Vergleich zu einem konkreten Patienten aus der Praxis führen. Im Alltag hat man es zudem oft mit Patienten zu tun, welche eine Vielzahl von Erkrankungen aufweisen (Multimorbiditäten)[16]. Zu Patienten mit Multimorbiditäten ist es jedoch kaum möglich, standardisierte Therapiestudien von hoher Qualität anzufertigen.

F. Behandlungsleitlinien

Behandlungsleitlinien sind inzwischen für eine Vielzahl von medizinischen Erkrankungen verfügbar. Sie sind eine Konsequenz der evidenzbasierten Medizin.

16 VIOLAN (2014).

Vorexemplar Referenten

Eine Vorreiterrolle spielt im deutschen Sprachraum die *«Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften»* (AWMF)[17] in Deutschland, die eine Vielzahl von Leitlinien zur Abklärung und Behandlung wie auch zur Begutachtung entwickelt hat.

Die Medizin unterscheidet strikt zwischen Leitlinien und Richtlinien. Leitlinien sind Handlungsempfehlungen, während Richtlinien[18] einen verpflichtenden Charakter haben.

Behandlungsleitlinien haben mehrere Ziele:

- Der Arzt soll nicht bei jedem neuen Fall das Rad neu erfinden, er soll von den Erfahrungen der Berufskollegen profitieren.
- Die betroffene Patientin soll vom aktuellen Erkenntnisstand der Forschung profitieren und die für ihre Situation sinnvollste Therapie erhalten.
- Die zunehmend knappen Ressourcen sollen möglichst effizient eingesetzt werden.

Eine Leitlinie zur Behandlung eines einfachen Harnwegsinfektes soll verhindern, dass die eine Patientin bei ihrem Hausarzt Antibiotika für 10 Tage erhält, während eine andere Frau in einer anderen Praxis mit einer Einmaldosis behandelt wird. Zunehmend wichtiger werden Behandlungsleitlinien, wenn es um aufwändigere Therapien mit erheblichen Konsequenzen geht, beispielsweise in der Onkologie (z.B. Behandlung des Mamma-Carcinom und des Prostata-Carcinoms).

Es gibt heute mehrere Leitlinien (Guidelines) von Fachgesellschaften aus mehreren Ländern, welche festhalten, dass eine Langzeittherapie von nicht tumorbedingten Schmerzen mit Opiaten nur mit grosser Zurückhaltung verordnet werden sollte, weil die negativen Auswirkungen gravierender sind[19] als die (oft nur sehr beschränkte) Schmerzlinderung.[20] Chronische Schmerzkrankheiten sind nach aktuellem Forschungsstand meist komplexe bio-psycho-soziale Phänomene, die auf der biologischen Ebene allein nicht adäquat behandelt werden können.

Vorexemplar Referenten

17 Die Website <www.awmf.org> ermöglicht den gebührenfreien Zugriff auf eine Vielzahl von medizinischen Leitlinien, sowohl aus der klinischen Medizin wie auch zur Begutachtung. Sie liefert zudem wichtige Informationen über den Entwicklungsprozess einer Leitlinie. (zuletzt besucht am 27.01.2021).

18 Beispiel: «Medizinisch-ethische Richtlinien über den Umgang mit Sterben und Tod.» Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (2018).

19 Dies wird auch in der Tagespresse zunehmend thematisiert: «Amerikas Gier, Amerikas Schmerz: 400'000 Tote durch Opioide» Der Tagesspiegel vom 17.09.2019.

20 z.B. Opioid-Guidelines der American Society of Interventional Pain Physicians (2012); BUSSE et al. (2017).

G. Digitalisierung in der Medizin

1. Literaturdatenbanken

Erst die Digitalisierung ermöglichte, dass niedrigschwellig erreichbare medizinische Literaturdatenbanken[21] errichtet werden konnten. Der Schreibende kann sich gut an seine Euphorie erinnern, als es 1994 möglich war, von zu Hause aus über das Internet (verbunden mit dem unverkennbaren Ton der damaligen Modems), erstmals in die elektronische Datenbank MEDLINE einzuloggen. Das war zu diesem Zeitpunkt noch mit erheblichen Gebühren verbunden, sowohl was die Internet-Verbindung wie auch den Zugang zur Datenbank betraf. Es war aber ein bedeutender Fortschritt im Vergleich zum Besuch einer medizinischen Universitätsbibliothek mit der Suche nach dem gewünschten Buch oder Fachartikel und dem mühsamen Kopieren auf dem kostenpflichtigen Kopiergerät.

Heute kann man in kurzer Zeit die passende Fachliteratur suchen und gewinnen, sofern man über eine entsprechende Ausbildung verfügt. Angesichts der Fülle der publizierten Fachliteratur benötigt der Leser eine Ausbildung in *Critical Reading,* damit er die Qualität der Studien beurteilen kann.

Mit der Einführung elektronischer Literaturdatenbanken haben gedruckte Lehrbücher und Monografien massiv an Bedeutung verloren. Sie werden allenfalls noch im Medizinstudium verwendet, aber kaum noch von den klinisch tätigen Ärzten. Die Medizin hat eine derart rasante Entwicklung genommen, dass gedruckte Bücher zum Zeitpunkt des Erscheinens oft schon veraltet sind. Die ärztliche Weiter- und Fortbildung geschieht heute grösstenteils *online*.

2. Klinische Datenbanken

Sowohl in der Inneren Medizin wie auch in der Chirurgie wurden ab den 1990er Jahren in vielen Ländern Datenbanken (sog. *Register*) errichtet, in denen Patienten mit bestimmten Krankheiten und Therapien systematisch aufgenommen und über einen längeren Zeitraum beobachtet werden. Speziell erwähnt seien hier die

[21] Die in der Medizin am meisten konsultierte elektronische Datenbank ist PUBMED der National Library of Medicine (USA), erreichbar unter [www.pubmed.ncbi.nlm.nih.gov.]. PUBMED bietet einen kostenfreien Zugang zu den Datenbanken MEDLINE, OLDMEDLINE (vor 1966) und PUBMED CENTRAL (Volltexte). Volltextartikel sind häufig kostenpflichtig, einige können kostenfrei heruntergeladen werden. Die Abstracts stehen in der Regel gratis zur Verfügung. Sehr hilfreich ist die Datenbank der COCHRANE COLLABORATION, welche Reviews und Meta-Analysen unter <http://www.swiss.cochrane.org/de > anbietet (zuletzt besucht am 29.01.2021).

Vorexemplar Referenten

SCQM-Datenbank der Rheumatologen[22] und das Endoprothesen-Register SIRIS der Orthopäden.[23]

Solche Register sind wichtig für die Qualitätssicherung: *«Medizinische Register leisten einen wertvollen Beitrag zur Beurteilung der langfristigen Implantat- respektive Behandlungsqualität und dienen als Frühwarnsystem bei Produkte- oder Prozessfehlern. Das Bundesamt für Gesundheit BAG begrüsst die Einrichtung eines unabhängigen Implantat-Registers, dies entspricht der in Art. 58 des Krankenversicherungsgesetzes enthaltenen formellen Verankerung der Pflicht zur Qualitätssicherung.»*[24]

Was die Orthopäden zur Beobachtung von Langzeitergebnissen nach der Implantation von Endoprothesen schreiben, gilt auch für medikamentöse Langzeitbehandlungen. In klinischen Studien werden Patienten meist unter standardisierten Bedingungen über eher kurze Zeiträume verfolgt. Oft zeigt erst die Langzeitbeobachtung unter den Bedingungen der klinischen Realität das wahre Verhältnis zwischen positiven und negativen Wirkungen einer Behandlung. Auch zeigt sich erst in der Langzeitbeobachtung, ob und wie lange die Patienten eine Behandlung akzeptieren und durchziehen (sog. Therapieadhärenz).

3. Elektronische Krankengeschichte

Während die Krankengeschichten vor 20 Jahren noch weitgehend von Hand geschrieben wurden, werden sie heute mehrheitlich elektronisch geführt und verwaltet. Die alten Krankengeschichten hatten ihre bekannten Tücken, angefangen von den oft unleserlichen Handschriften der Ärzte und den verwendeten Abkürzungen bis hin zum Verlieren einzelner Dokumente oder ganzer Krankengeschichten. Die in der Krankengeschichte dokumentierten Daten mussten bei einer Anmeldung in ein Spital rekonstruiert, diktiert und neu geschrieben werden, was zu entspre-

22 Die SCQM Foundation (Swiss Clinical Quality Management in Rheumatic Diseases) betreibt in enger Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Gesellschaft für Rheumatologie SGR ein nationales Register für entzündlich rheumatische Krankheiten. Dieses Register kann vom Rheumatologen dank des integrierten Rückmeldesystems als Qualitätsmanagement der Behandlung und als Basis für die Diskussion mit dem Patienten genutzt werden. (<www.scqm.ch>, zuletzt besucht am 27.01.2021).

23 Die Stiftung für Qualitätssicherung in der Implantationsmedizin (SIRIS) ist eine unabhängige, gemeinnützige Organisation. Sie wurde im August 2007 durch Swiss Orthopaedics, SwissMedtech und santésuisse gegründet, und baute in der Folge das Schweizer Implantat-Register SIRIS auf. Ziel von SIRIS ist es, eine solide nationale Datenbasis für die Qualitätssicherung zu entwickeln und Daten zu sammeln, die auch internationale Vergleiche in der Implantationschirurgie ermöglichen. (<www.siris-implant.ch>, zuletzt besucht am 27.01.2021).

24 <www.siris-implant.ch>, zuletzt besucht am 27.01.2021.

Vorexemplar Rententen

chenden Fehlern und Informationsverlusten führte. Der Vorteil war, dass aufgrund des Aufwandes auch nur diejenigen Daten erhoben wurden, die wirklich relevant waren.

Elektronische Krankengeschichten haben andere Tücken, Fehlerquellen und Nachteile. Sie bieten neue Probleme des Datenschutzes und der Datensicherheit (Schutz gegen unbeabsichtigte Zugriffe, Hackerangriffe). Es werden viele Daten gesammelt und aufbewahrt, aber kaum mehr sinnvoll geordnet. Zudem bietet sich die Möglichkeit, mit dem *copy paste* Verfahren frühere Einträge zu übernehmen, was wieder mit Fehlermöglichkeiten verbunden ist, wenn die Einträge nicht kritisch überprüft und aktualisiert werden. Der Computer im Sprechzimmer birgt auch die Gefahr, dass die Kommunikation mit der Patientin zu kurz kommt.

Elektronische Krankengeschichten bzw. *Klinikinformationssysteme* (KIS) sind aber aus dem medizinischen Alltag nicht mehr wegzudenken und die Vorteile überwiegen die Nachteile bei Weitem.

4. Elektronisches Patientendossier

Gerade weil heute so viele medizinische Daten gewonnen und gesammelt werden, wäre es sinnvoll und wünschbar, dass die Medizinalperson bei der Übernahme der Behandlung niederschwellig auf die Patientendaten zugreifen kann. Diese wäre speziell in Notfallsituationen enorm wichtig.

Was in der Theorie einleuchtet, stösst in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten. Das Anlegen eines elektronischen Patientendossiers (EPD) auf Wunsch des Patienten ist heute möglich. Vorgeschrieben ist das EPD für die folgenden Institutionen, die stationäre Behandlungen anbieten: Das Gesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) verlangt die schrittweise Einführung des EPD durch Akutspitäler, psychiatrische Kliniken sowie Reha-Kliniken bis April 2020 und durch Pflegeheime sowie Geburtshäuser bis April 2022.[25]

5. Big Data

Es werden heute im Gesundheitswesen viele Daten erhoben. Sie können sowohl in der Medizintechnik, für die Entwicklung einer personalisierten Medizin wie auch zur Steuerung des Gesundheitswesens verwendet werden.

[25] Angabe auf der Website <www.patientendossier.ch>, zuletzt besucht am 27.01.2021.

Verexemplar Referenten

Die aktuelle Covid-19 Pandemie hat auch Schwachstellen in der Datenerhebung und -verwaltung in der Schweiz aufgezeigt. Dass das Bundesamt für Gesundheit zu Beginn der Pandemie noch mit FAX-Geräten arbeitete, ist nur ein kleines Beispiel.

H. Ärztliche Ausbildung, Weiterbildung und Fortbildung

Die ärztliche Aus-, Weiter- und Fortbildung wurde in den letzten 30 Jahren zunehmend geregelt und strukturiert. Das neue *«Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe»* (MedBG, SR 811.11) trat per 1. September 2007 in Kraft und löste das mehrfach revidierte alte Gesetz vom 19.12.1877 ab.

In Art. 8 lit. f hält das MedBG fest: [Absolventinnen und Absolventen des Studiums der Humanmedizin, der Zahnmedizin und der Chiropraktik] *«verstehen gesundheitliche Probleme ganzheitlich und erfassen dabei insbesondere die physischen, psychischen, sozialen, rechtlichen, ökonomischen, kulturellen und ökologischen Faktoren und Auswirkungen und beziehen diese in die Lösung der gesundheitlichen Probleme auf individueller und Gemeinschaftsebene ein».*

Das Gesetz fordert eine Ausbildung der Medizinalpersonen nach einem *biopsychosozialen Krankheitsmodell*, auch wenn dies mit einer anderen Wortwahl beschrieben wird. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Ärzteschaft in Berichten für die Invalidenversicherung Mühe bekundet, deren enggefasstes *biopsychisches Krankheitsmodell* anzuwenden. Die (unwissenschaftliche) Abtrennung nichtversicherter Faktoren bei der Prüfung auf Invalidität ist ohnehin eine Aufgabe des Rechtsanwenders, nicht des Mediziners.

Die ärztliche Weiterbildung bis hin zum Facharzt wird durch die Fachgesellschaften geregelt und vom eidgenössischen Departement des Innern akkreditiert.[26] Die Weiterbildung zum Rheumatologen umfasst aktuell eine postgraduate Tätigkeit von 2 Jahren in Allgemeiner Innerer Medizin und eine fachspezifische 4-jährige Tätigkeit in Rheumatologie. Entsprechend der zunehmenden Bedeutung der Sonografie im klinischen Alltag fordert die Weiterbildung nun auch:

[26] Für Viele: Schweizerisches Institut für ärztliche Weiter- und Fortbildung: Facharzt für Rheumatologie. Weiterbildungsprogramm vom 01.01.2011, letzte Revision vom 19.08.2016, <www.siwf.ch>, zuletzt besucht am 27.01.2021.

Vorexemplar Referenten

«Kompetenz in der Ultraschalluntersuchung am Bewegungsapparat zwecks Diagnostik und ultraschallgezielter Intervention (48 Stunden Teaching Grundlagen, Normalbefunde und patho-logische Befunde. 400 supervisierte Untersuchungen am Bewegungsapparat mit ausgewogener Verteilung, entsprechend Richtlinien SGUM).»

Das Beispiel zeigt, dass die Weiterbildungsprogramme der Fachgesellschaften mit der Entwicklung der Medizin Schritt halten und regelmässig überarbeitet werden müssen. Der erworbene Facharzttitel muss alle drei Jahre rezertifiziert werden durch den Nachweis einer regelmässigen Fortbildung.[27]

Das Weiterbildungsprogramm der Rheumatologen fordert auch *«Kompetenz in der Begutachtung rheumatischer Erkrankungen wie auch Folgeschäden nach Unfällen mit entsprechenden Kenntnissen über fachliche und gesetzliche Grundlagen (IV, SUVA, EMV, Privatversicherungen)».* Damit sich die Kandidaten während ihrer Weiterbildung diese Fähigkeiten aneignen können, ist es von grosser Wichtigkeit, dass die ausbildenden Kliniken regelmässig Gutachtenaufträge der Versicherungen in genügender Anzahl erhalten.[28]

I. Tarifierung ärztlicher Leistungen

Die Abgeltung ärztlicher Leistungen ist ein Dauerbrenner, seit es Ärzte gibt. Es stellte sich gar die Grundsatzfrage, ob es ethisch vertretbar sei, für die Hilfe an Kranken Geld zu verlangen. Grundsätzlich wäre die Frage angebracht: Welcher Stundenlohn ist für einen Arzt gerechtfertigt und gesellschaftsfähig, angesichts von Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung?

Diskussionen um die Arzttarife haben den Schreibenden während seines gesamten Berufslebens begleitet. Als er 1990 eine Facharztpraxis in Luzern eröffnete, wurde kurz zuvor der Privattarif für ambulante Behandlungen abgeschafft. Davor war es

27 Art. 4 der Fortbildungsordnung (FBO) der FMH: «Der Umfang der Fortbildung richtet sich nach dem Fortbildungsbedürfnis des einzelnen Arztes und der einzelnen Ärztin, das je nach Fachgebiet und Tätigkeit unterschiedlich sein kann. Als Richtwert für die nachweisbare und strukturierte Fortbildung gelten 50 Credits pro Jahr, welche 50 Stunden entsprechen. Hinzu kommen 30 Stunden so genanntes Selbststudium, was zusammengenommen zehn Tagen Fortbildung pro Jahr entspricht.» <www.fmh.ch/files/pdf19/fbo_d.pdf>, zuletzt besucht am 30.01.2021.

28 Gemäss persönlicher Auskunft mehrerer Direktoren von universitären Rheumakliniken ist dies heute nicht mehr gewährleistet. Versicherungen tendieren dazu, ihre Aufträge externen Gutachtern bzw. professionellen Instituten zu erteilen. Die MEDAS Zentralschweiz hat auf Anfrage in den letzten Jahren mehreren Ärzten in Weiterbildung die Abfassung von Gutachten unter Supervision ermöglicht, da sie an ihrem Anstellungsort (Spital) keine Möglichkeit hatten, die im Weiterbildungsprogramm geforderten Gutachten zu erstellen. Diese Entwicklung ist bedenklich.

Vorexemplar Referenten

Usus, dass die Ärzteschaft für die Behandlung gutsituierter Patienten mehr Geld verlangte als für «Kassenpatienten», zumal der Kassentarif als Sozialtarif ausgelegt war. Es fand also eine gewisse Quersubventionierung statt. Die Tarife waren kantonal geregelt und entsprechend uneinheitlich.

Die Arbeiten zur Entwicklung des ersten gesamtschweizerischen Tarifs TARMED dauerten über 10 Jahre, er wurde per 1. April 2004 eingeführt. Hintergrund war die Intention, einen betriebswirtschaftlich basierten Tarif zu kreieren, der die reale Kostenstruktur der ärztlichen Tätigkeit widerspiegelt. Es ist hier nicht der geeignete Ort, um die ausufernden Diskussionen rund um die Ärztetarife, deren Vor- und Nachteile und deren Rechtfertigung darzustellen. Es bleibt festzuhalten: Schon bei der Einführung des TARMED bildete der Tarif nur in sehr beschränktem Ausmass die betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten einer Arztpraxis oder eines Spitals ab. Die Tarifstruktur wurde zwar vereinheitlicht, der Taxpunktwert wurde aber von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich festgelegt.

Bald wurde auch klar, dass die Tarifstruktur mit vielen Entwicklungen der Medizin nicht Schritt halten kann. Augenoperationen und Wirbelsäulenoperationen, die noch vor wenigen Jahren zu seltenen aufwändigen heroischen Eingriffen gehörten, wurde zur Routine, ohne dass der Tarif angepasst wurde. Technische Leistungen wurden gegenüber der ärztlichen Sprechstunde *(«Talking Cure»* in der Sprache von SIGMUND FREUD) massiv überbewertet, was zu entsprechenden Fehlanreizen führte. Dass der TARMED nur noch wenig mit betriebswirtschaftlichen Grundlagen zu tun hat, zeigen auch die zwei politisch motivierten bundesrätlichen Eingriffe, die per 1. Oktober 2016 und per 1. Januar 2018 in Kraft traten.

Seit vielen Jahren wird daran gearbeitet, die Fehler des TARMED zu korrigieren und in einem aufwändigen Verfahren wurde ein neuer Tarifvorschlag unter dem Namen TARDOC erarbeitet. Die Tarifpartner Curafutura und FMH haben im Juli 2019 die neue ambulante Tarifstruktur TARDOC beim Bundesrat eingereicht.[29] Der Bundesrat hat bis dato in dieser Sache noch nicht entschieden.

Jeder Tarif führt zu Anreizen und Fehlanreizen, wie eine Therapie hat er Wirkungen und Nebenwirkungen. Das ist auch bei einem optimalen Tarif unausweichlich. Es ist dann eine Grundsatzfrage, welche Tendenzen man fördern und welche man zurückbinden will. Eine schlechte Abgeltung und zeitliche Begrenzung der ärztlichen Sprechstunde hat in der Meinung des Schreibenden aber derart gravierende Nebenwirkungen (Kollateralschäden), dass die dadurch bedingten Fehlleistungen des Gesundheitswesens unausweichlich sind. Diese Fehlleistungen kommen dann

29 MORGER/MÜLLER (2019).

Vorexemplar Referenten

in der gutachterlichen Tätigkeit eindrücklich zum Vorschein, z.B. wenn ein Patient nach sieben schlecht indizierten Rückenoperationen vollkommen arbeitsunfähig ist und an gravierenden Nebenwirkungen einer Langzeit-Opiattherapie leidet.

Für den Spitalbereich (somatische Akutmedizin) wurden per 1. Januar 2012 *«Diagnosis Related Groups»* (DRG) eingeführt.[30] Es werden seither nicht mehr Spitaltage, sondern von den Diagnosen und der Behandlung abhängige Fallpreispauschalen abgegolten. Dabei ist wichtig, wie ein konkreter Fall mit den vorliegenden Diagnosen und Komorbiditäten kodiert wird, was spezielle Anreize und Fehlanreize setzt. Der Codierer wird zu einer der wichtigsten Personen im Spital. Als Gutachter stellt man fest, dass sich seit Einführung der DRG auch die medizinische Dokumentation in den Spitalberichten verändert hat. Die in den Diagnoselisten aufgeführten Diagnosen widerspiegeln nicht mehr primär den Schweregrad der Erkrankung, sondern die für die Honorierung optimale Form.

J. Einfluss von Politik, Recht und Ökonomie auf die Medizin

In den 1980er Jahren hat der Autor eine Medizin erlebt, in der die Entscheidungsträger in grosser Mehrheit eine medizinische Ausbildung absolviert hatten. In den Spitälern waren es die Chefärzte, welche darüber entschieden, ob das Spital einen Computertomografen anschaffen will oder nicht, welche Therapien auf den Abteilungen eingeführt werden und ob ein Rehabilitationsaufenthalt nach einer Operation notwendig ist oder nicht. Auch das Entlassungsdatum wurde in der Regel an der Chefvisite besprochen und war oft wesentlich beeinflusst durch die sozialen Verhältnisse der Patienten. Es wurde – mit anderen Worten – eine patientenorientierte («kundengerechte») Medizin betrieben.

Diese Art, Medizin zu betreiben, hatte auch negative Seiten: Fehlanreize, gegenseitiges Überbieten der Spitäler bezüglich Infrastruktur statt Zusammenarbeit, unnötige Kostensteigerungen. So haben Politiker und Ökonomen das Heft in die Hand genommen und inzwischen dominieren diese Disziplinen in den Spitälern wie auch in der ambulanten Medizin. Frühere Fehlanreize wurden korrigiert, es wurden aber neue Fehlentwicklungen aufgegleist, der Teufel mit dem Beelzebub vertrieben.

Medizinische Dienstleistungen werden heute oft betrachtet wie die Produktion einer Ware: Ein Spital muss rentieren, nicht nur primär dem Patienten dienen. Entsprechend werden Dienstleistungen angeboten oder vorgezogen, die besonders gu-

30 Nähere Informationen siehe <www.swissdrg.org>, zuletzt besucht am 27.01.2021.

Vorsorgliche Referenten

te Einnahmen garantieren. Statt *«Evidence based Medicine»* wird *«Business based Medicine»*[31] betrieben. Als Patient ist man heute nicht mehr sicher, ob die von den Ärzten angebotenen Behandlungen primär für das Spital oder für den Patienten gut sind. Es lohnt sich, das Therapieangebot kritisch zu hinterfragen. In der Chirurgie führt dies gehäuft zu *«misslungenen Dolorektomien»*: Trotz technisch erfolgreicher Operation beklagt die Patientin dieselben Rückschmerzen wie vor der Operation, weil die Indikation nicht sauber gestellt wurde. Solche Leidensgeschichten bekommt man als Gutachter gehäuft zu Gesicht.

Die negativen Auswirkungen der Verlagerung der Entscheidungsgewalt von der Medizin auf Ökonomie und Politik wurden schon oft in der Fach- und in der Tagespresse thematisiert. Der Berner emeritierte Medizinprofessor JOHANNES BIRCHER hat darüber mehrere Bücher und Fachartikel verfasst[32] und ein eigenes Modell für eine adäquate Gesundheitsversorgung im 21. Jahrhundert entworfen (MEIKIRCH-Modell, benannt nach dem Wohnort des Autors).

In einem Beitrag vom 25. Oktober 2017 hielt der SRF Journalist CHRISTIAN VON BURG fest: *«Es gibt zum Beispiel immer mehr Operationen, die nicht zum Wohl des Patienten, sondern zum Wohl der Spitalkasse durchgeführt werden. Dagegen wehren sich namhafte Ethiker und Mediziner jetzt mit einem sogenannten Schweizer Eid. Grosse Ärztevereinigungen haben sich ihm bereits angeschlossen.»*[33]

In einem Editorial zum Ende seiner Amtszeit schrieb der scheidende FMH-Präsident JÜRG SCHLUP Ende 2020: *«Die Gemeinsamkeit vieler Themen meiner Amtszeit: Die verstärkte politische Einflussnahme auf unsere Gesundheitsversorgung… Unser Gesundheitswesen ist ein internationales Erfolgsmodell. Um seine Leistungsfähigkeit zu erhalten, müssen wir es weiterentwickeln – ohne es durch politische Fehlentscheide und Regulierung zu gefährden. «Switzerland first» darf zukünftig nicht für Ansteckungsrekorde und Regulierungsdichte stehen – sondern soll weiterhin für die Qualität unserer Patientenversorgung gelten!»*[34]

Vorexemplar Referenten

31 STALDER (2009).
32 BIRCHER (2006), BIRCHER (2019).
33 CHRISTIAN VON BURG, Spielt das Ärztegelöbnis überhaupt noch eine Rolle? <www.srf.ch>, Beitrag vom 25.10.2017, zuletzt besucht am 27.01.2021.
34 SCHLUP (2020).

III. Entwicklungen in der Versicherungsmedizin

Die geschilderten Entwicklungen in der klinischen Medizin haben ein entsprechendes Abbild in der Versicherungsmedizin. Das ist naheliegend, wird Versicherungsmedizin doch von Ärzten betrieben, die ebenso über eine Grundausbildung und klinische Erfahrung verfügen wie die klinisch tätigen Kollegen. Zudem sind viele Mediziner (idealerweise) sowohl klinisch wie auch gutachterlich tätig. In vielen Teilbereichen hinkt die Versicherungsmedizin der klinischen Medizin aber um Jahre bis Jahrzehnte hintennach (z.B. Methodik der EBM, Entwicklung von Leitlinien, strukturierte Ausbildung der Gutachter, Verwendung der ICF), während andere Entwicklungen (z.B. Bildgebung, Labormethoden) rasch übernommen wurden.

A. Krankheitsbilder und Klassifikationen

Die Entwicklung der klinischen Krankheitsbilder, die Definition neuer Krankheitsbilder und die Überarbeitungen der *«International Classification of Diseases»* (ICD) haben sich stark auf die Versicherungsmedizin und die Rechtsprechung ausgewirkt. Als Beispiele seien der langjährige, teilweise heftig ausgefochtene Streit um das *«Schleudertrauma»* und die rechtliche Anerkennung bzw. Aberkennung von chronischen Schmerzkrankheiten genannt.

Mit BGE 117 V 359 vom 4. Februar 1991 hat das Bundesgericht einen Grundsatzentscheid gefällt, der über viele Jahre zu einem massiven Kostenschub von Versicherungsleistungen führte. In diesem Entscheid definierte das Bundesgericht mit dem *«typischen Beschwerdebild»* einen Zustand, der von der Medizin nie so in ein Klassifikationssystem übernommen wurde. Dass die Anerkennung des Leidens allein aufgrund beklagter Beschwerden geschah, provozierte entsprechend falschpositive Entscheide. Der Grundsatzentscheid wurde früh sowohl von medizinischer wie auch von juristischer Seite kritisiert. Aufgrund der schweizerischen Eigenheit im internationalen Vergleich sprach man auch von einem *«helvetischen Schleudertrauma»* [35] und von einem *«Morbus helveticus»*. Als der Schreibende 2003 – in der Hochblüte des Schleudertraumas – die Leitung der MEDAS Zentralschweiz übernahm, beklagten in der Regel jede Woche 2 von 10 untersuchten Exploranden Langzeitfolgen eines Schleudertraumas, gehäuft handelte es sich um jüngere Frauen. Die Behandlung der Chronifizierung nach einer HWS-Distorsion durch das Recht wurde inzwischen an die übrigen Schmerzkrankheiten angegli-

[35] JENZER (2006).

Vorexemplar Referenten

chen (BGE 136 V 279; BGE 141 V 281). Das *«typische Beschwerdebild»* wurde aber bis heute nicht offiziell abgeschafft, was dringend nachzuholen wäre. Im Jahr 2019 war eine Chronifizierung nach einer HWS-Distorsion als Hauptdiagnose in der MEDAS Zentralschweiz zu einer Rarität geworden.

Der Streit um das Schleudertrauma hat die Ärzteschaft während Jahren gespalten in *Schleudertrauma-Befürworter* und *Schleudertrauma-Gegner*. Es war äusserst schwierig, eine wissenschaftlich fundierte neutrale Position einzunehmen. Entsprechend heftig wurde bei juristischen Streitigkeiten um den «richtigen» Gutachter gekämpft. Dieser Kampf ist in den letzten Jahren deutlich abgeflaut.

Beinahe konträr verhielt sich das Bundesgericht gegenüber somatoformen Schmerzstörungen. Unter dem Einfluss der starken Zunahme dieser Fälle entschloss sich das Bundesgericht 2004 zu einer sehr restriktiven Rechtsprechung (BGE 130 V 352, *«Überwindbarkeitspraxis»*). Dies führte dazu, dass eine chronische Schmerzstörung de facto fast nie zu einer Berentung führen konnte, weil die rechtlich definierten Ausnahmekriterien kaum je erfüllt waren.

Als Folge wurden in den Jahren 2004 bis 2015 bei medizinisch vergleichbaren Zuständen in sehr unterschiedlichem Mass Versicherungsleitungen zugesprochen. Auf der einen Schiene (Schleudertrauma) führte dies – aus medinischer Sicht – zu gehäuft falsch-positiven, auf der anderen Schiene (Schmerzstörung) zu gehäuft falsch-negativen Entscheiden. Mit BGE 141 V 281 erfolgte im Juni 2015 eine Angleichung, womit das Postulat einer rechtsgleichen Behandlung aller Versicherten erfüllt werden kann.

Die Erfahrung lehrt, dass es nicht zielführend ist, wenn das Bundesgericht spezielle Rechtsprechungen zu speziellen Krankheitsbildern entwirft.[36] Dies fördert die Ungleichbehandlung der Versicherten. Es provoziert das Beklagen bestimmter und das Unterdrücken anderer Leiden im Rahmen von Rentenverfahren (sog. *«Hydra-Effekt»*)[37]. Zudem liegen Krankheiten im Kollektiv der zu Begutachtenden selten als Monomorbidität vor, meist handelt es sich um Multimorbiditäten.

Die Einführung der ICD-11 ab 2022, aber auch die Beurteilung von geltend gemachten Covid-19 Langzeitschäden, wird Rechtsprechung und Versicherungsmedizin vor neue – noch unabsehbare – Herausforderungen stellen.

Vorexemplar Referenten

36 JEGER (2006).

37 Bei der Hydra handelt es sich um Süsswasserpolypen, welche über eine ausgeprägte Regenerationsfähigkeit verfügen. Verlieren sie einen Tentakel, so wächst an anderer Stelle ein neuer nach.

Die Entwicklung der «International Classification of Functioning, Disability and Health» (ICF) hat auch die Versicherungsmedizin stark beeinflusst, allerdings mit einer Verzögerung von vielen Jahren. Heute verweisen alle Lehrbücher zur Begutachtung auf die ICF[38]. Die Diagnose allein sagt zu wenig aus über das Ausmass einer Behinderung.

Die systematische Codierung der Behinderungen nach ICF in einem Gutachten wäre aber viel zu aufwändig.[39] Zu empfehlen ist die Verwendung des Grundgerüstes (Framework).[40]

Wichtig ist die Darstellung, welche strukturellen Schädigungen feststellbar sind, welche Funktionen dadurch gestört werden und welche Auswirkungen die Funktionsstörungen auf die Teilhabe (Partizipation) in Beruf, Aufgabenbereich und Freizeit haben. Anhand des ICF-Grundgerüstes kann auch der Einfluss der personenbezogenen Faktoren und der Umweltfaktoren beschrieben werden.[41] Für die Psychiatrie wurde das Mini-ICF-APP[42] Instrumentarium entwickelt, nach dem 13 spezielle Fähigkeiten gemäss genau beschriebenen Ankerdefinitionen bewertet werden können.

Die Verwendung der ICF macht die Begutachtung aufwändiger. Sie benötigt eine Anwenderschulung. Sie bietet aber einen echten Mehrwert, was auch von juristischer Seite festgestellt und geschätzt wird.[43] Die ICF baut die Brücke von der Medizin zur Rechtsanwendung, sie erhöht die Transparenz und Nachvollziehbarkeit gutachterlicher Leistungseinschätzungen.

B. Bedeutung der Bildgebung in der Begutachtung

Mit Verzögerung erschienen die modernen bildgebenden Verfahren auch in den Dossiers der Exploranden und die Gutachter mussten lernen, die Befunde zu interpretieren. Ein gutachterlich tätiger Facharzt muss fähig sein, bildgebende Verfahren aus seinem Fachgebiet selber zu analysieren und zu befunden. Dieser Prozess muss im Gutachten erkennbar sein.

38 Für Viele: RIEMER-KAFKA (2017).
39 ANNER (2012).
40 RIEMER-KAFKA (2017), 140–173.
41 EBNER (2018); JEGER (2018).
42 LINDEN (2014).
43 TRAUB (2017).

Vorexemplar Referenten

Wer sich allein auf die schriftlichen Befunde der Radiologen abstützt, verdient zwar sein Geld schneller, begeht aber eine für die Qualität bedeutungsvolle Unterlassung. Dies bedingt aber auch, dass den Gutachtern die Bildgebung von den Zuweisern zur Verfügung gestellt wird.

Die Bewertung bildgebender Verfahren folgt in der Begutachtung leicht anderen Gesetzmässigkeiten. Während die klinische Medizin oft auch aufgrund von Verdachtsdiagnosen Therapieentscheide fällt, muss in der Begutachtung der Beweis der Behinderung (des Gesundheitsschadens) mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* erbracht werden können. Aufgrund von Verdachtsdiagnosen können in der Regel keine dauerhaften Einschränkungen (Behinderungen) begründet werden.

Das Recht fordert einen objektiven Nachweis einer Erkrankung und hat eigene Vorstellungen von objektiven Untersuchungsbefunden. So hielt es beispielsweise in einem Urteil zur rechtlichen Anerkennung eines Tinnitus als Unfallfolge 2012 fest: *«Objektivierbar sind Untersuchungsergebnisse, die reproduzierbar und von der Person des Untersuchenden und den Angaben des Patienten unabhängig sind. Von organisch objektiv ausgewiesenen Unfallfolgen kann somit erst dann gesprochen werden, wenn die erhobenen Befunde mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt wurden und die hierbei angewendeten Untersuchungsmethoden wissenschaftlich anerkannt sind.»* [44]

Diese Definition von *«objektiv nachweisbar»* ist problematisch: Nach dieser Definition ist selbst eine Magnetresonanztomographie nicht objektiv, da sowohl die Schnittführung wie auch die Interpretation der Bilder stark vom Radiologen abhängen. Es gibt in der Medizin keine diagnostischen Methoden, die sowohl vom Untersuchten wie auch vom Untersuchenden völlig unabhängig sind.[45]

Verschiedentlich hat sich das Bundesgericht mit der Bedeutung neuer radiologischer Methoden befasst, so beispielsweise mit der funktionellen Magnetresonanztomografie (fMRT) zum Nachweis von Schäden an den Flügelbändern der oberen Halswirbelsäule. In BGE 134 V 231 vom 26. Mai 2008 hielt das Bundesgericht in E 5.1 fest: *«Die Frage des Beweiswertes stellt sich auch bei den anzuwendenden medizinisch-diagnostischen Methoden. Diese müssen wissenschaftlich anerkannt sein, damit der mit ihnen erhobene Befund eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage zu bieten vermag. Als wissenschaftlich anerkannt gilt eine Untersuchungsart, wenn sie von Forschern und Praktikern der medizinischen Wissenschaft auf breiter Basis anerkannt ist. Über die diagnostische Bedeutung der*

Vorexemplar Referenten

44 Urteil des BGer 8C_498/2011 vom 3. Mai 2012 E. 5.1.
45 JEGER (2012).

mittels fMRT erhobenen Befunde und deren Eignung für die Beurteilung der Unfallkausalität von Beschwerden nach HWS-Distorsionen gehen die ärztlichen Meinungen auseinander. Dies gilt auch hinsichtlich der hier zur Diskussion stehenden Läsionen der Kopfgelenkbänder, insbesondere der Ligamenta alaria…». Interessant bleibt festzuhalten, dass die medizinischen Befürworter der fMRT einige Jahre später selber zur Erkenntnis kamen, die Methode tauge kaum zur Diagnose von unfallbedingten Verletzungen der Flügelbänder bzw. für die Unterscheidung zwischen *«gesund»* und *«pathologisch»*.[46]

Es gehört zur neueren Geschichte der Rechtsprechung, dass sich das Bundesgericht gehäuft genötigt sah, zu gewissen Entwicklungen der Medizin Stellung zu beziehen. Es ist auch für einen Mediziner klar, dass das Bundesgericht nicht jede Neuerung der Medizin unbesehen anerkennen kann. Fraglich sind allerdings Urteile, die tief auf die Ebene des medizinischen Sachverhaltes eingreifen, so beispielsweise das erwähnte Tinnitus-Urteil, mit dem jeder nicht objektivierbare Tinnitus als psychisches Leiden eingestuft wird, was weder den medizinischen Erkenntnissen noch der ICD entspricht.[47] In der klinischen Medizin beschäftigen sich auch viele Somatiker mit nicht-objektivierbaren Krankheiten: Tinnitus, Colon irritabile, funktionelle Kopfschmerzen, Fibromyalgie, um nur einige Beispiele zu nennen. Betroffene mit diesen Erkrankungen werden in aller Regel nicht von Psychiatern behandelt.

C. Bedeutung der Laborverfahren in der Begutachtung

Die Entwicklung der Labormedizin hat auch Folgen für die Begutachtung. So muss beispielsweise eine positive Serologie auf Borrelien sorgfältig bewertet werden im Hinblick auf eine klinisch manifeste Borreliose und deren Anerkennung als Unfall. Die Vielzahl neuer zur Verfügung stehender Labortests macht deren Bewertung schwieriger: Wann besteht lediglich ein Verdacht auf eine Autoimmunerkrankung? Wann kann die Diagnose als gesichert gelten? Bei welcher Konstellation darf ein anhaltender Kopfschmerz einer durchgemachten FSME-Erkrankung[48] zugeordnet werden?

46 VETTI (2011).

47 Der Eintrag «Tinnitus aureum» findet sich in der ICD-10 im somatischen Kapitel VIII, Code H 93.1.

48 FSME = Frühsommer-Meningoenzephalitis, eine durch Zecken übertragbare Viruserkrankung. Für die FSME existiert eine Impfung, nicht jedoch für die ebenfalls durch Zecken übertragene bakterielle Erkrankung Borreliose.

Vorexemplar Referenten

Bei der Entscheidfindung helfen zunehmend auch diagnostische Leitlinien, welche festhalten, bei welcher Konstellation von Symptomen und Befunden eine Diagnose als gesichert angenommen werden darf. Auch bei der Bewertung von Laborbefunden muss der Gutachter realisieren, dass das Recht den *Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* fordert für den Nachweis einer Diagnose.

Medizinische Gutachter müssen sich mit der Frage auseinandersetzen, welche Aussagekraft ein positives oder ein negatives Testresultat hat.

Laboruntersuchungen dienen in der Versicherungsmedizin auch dazu, die Therapieadhärenz und den Drogenkonsum der Exploranden zu überprüfen. Dazu benötigt die Gutachterin profunde Kenntnisse der Pharmakokinetik und -genetik, damit Fehlinterpretationen vermieden werden können. Ein tiefer Serumspiegel ist nicht in jedem Fall gleichzusetzen mit einer mangelhaften Einnahme der Medikation (Malcompliance).

D. Bedeutung neuer Therapien in der Begutachtung

Die Einführung neuer Medikamente betrifft auch die Versicherungsmedizin: Die teuren neuen Substanzen benötigen in der Regel eine Kostengutsprache der Krankenkasse bzw. eine Bewilligung durch den Vertrauensarzt.

Im Rahmen von Versicherungsgutachten stellt sich immer wieder die Frage, ob sich der Gesundheitszustand mit einer zur Verfügung stehenden und zumutbaren Behandlung verbessern lässt. Um diese Frage beantworten zu können, muss der Gutachter die medizinische Datenlage zu einer bestimmten Erkrankung aus seinem Fachgebiet gut kennen. Dabei bleibt zu beachten, dass die Resultate aus einer klinischen Studie immer nur Aussagen zum untersuchten Kollektiv liefern, nicht zu einem konkreten Individuum.

Es sollte selbstverständlich sein, dass ein Gutachter nur Patienten mit Erkrankungen begutachten sollte, die er aus seiner Berufserfahrung kennt, sonst ist er kein Experte, weil er keine Erfahrung (experience) hat. Der gutachterlich tätige Mediziner muss die Indikation, Wirkungen und Nebenwirkungen einer Behandlung kennen und abschätzen können, welche Resultate von einer Therapie realistischerweise erwartet werden können. Dies ist auch wichtig im Hinblick auf die allfällige Auferlegung einer Schadenminderungspflicht durch den Rechtsanwender.

Vorexemplar Referenten

E. Evidenzbasierte Versicherungsmedizin (EbIM)

Mit einer Verzögerung von etwa 15 bis 20 Jahren wird die Methodik der evidenzbasierten Medizin auch in der Versicherungsmedizin vermehrt verwendet. Gerade bei der Begutachtung von eher seltenen Erkrankungen wie auch bei der Stellungnahme zu Kausalitätsfragen ist es wichtig, dass der Gutachter die medizinische Datenlage kennt und sich bei der Argumentation auf die beste externe Evidenz abstützt. Nach wie vor gibt es aber zu vielen Fragen, die im gutachterlichen Kontext anfallen, nur geringe wissenschaftlich erhobene und publizierte Daten. Dort, wo fundierte Evidenz besteht, soll sie aber in der Argumentation herangezogen (und im Gutachten dokumentiert) werden.

Im Jahr 2015 wurde, initiiert von REGINA KUNZ aus Basel, das «*Cochrane Field Insurance Medicine*» gegründet, das eine eigene Homepage betreibt und für Versicherungsmediziner relevante Informationen veröffentlicht.[49] Es handelt sich um ein Aktivitätsfeld der international breit abgestützten renommierten COCHRANE COLLABORATION[50], welche die wertvollen unabhängigen Reviews und Metaanalysen zu vielen Fragen der klinischen Medizin verfasst. Die Forschungsabteilung der asim an der Universität Basel tritt unter dem Namen *«Evidence based Insurance Medicine»* (EbIM)[51] auf.

Die Anwendung von EBM bedingt, dass die Versicherungsmediziner entsprechend geschult werden und einen niedrigschwelligen Zugang zu medizinischen Datenbanken (PUBMED, MEDLINE etc.) haben. Beides ist mit Kosten verbunden.

Die Berücksichtigung der Methodik der EBM hat zur Folge, dass die Art der Fragen, die von einem Mediziner sinnvoll beantwortet werden können, sehr beschränkt ist. Das muss von beiden Seiten – Auftraggeber und Gutachter – respektiert werden.[52]

F. Begutachtungsleitlinien

Die Entwicklung und Verwendung von standardisierten Handlungsanweisungen in der klinischen Medizin haben dazu geführt, dass auch für die Begutachtung Leitlinien verfasst wurden. In der Schweiz hat sich zuerst die Schweizerische Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie (SGVP) mit dieser Frage befasst und 2004

49 <www.insuremed.cochrane.org>, zuletzt besucht am 28.01.2021.
50 Zugang zum Schweizer Fenster über: <www.swiss.cochrane.org>, zuletzt besucht am 28.01.2021.
51 <www.unispital-basel.ch/lehre-forschung/ebim-forschung-bildung>, zuletzt besucht am 29.01.2021.
52 JEGER (2015).

Vorexemplar Referenten

Leitlinien publiziert, die damals lediglich vier Seiten umfassten. Als zweite Fachgesellschaft erliess die Schweizerische Gesellschaft für Rheumatologie 2007 Begutachtungsleitlinien, 2011 erschienen die Leitlinien für die neuropsychologische Begutachtung mit Überarbeitung 2016. Die 2. Auflage der psychiatrischen Begutachtungsleitlinien wurde 2012 publiziert, sie umfasste nunmehr 24 Seiten.

Als das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 im Juni 2015 die Rechtsprechung zu den psychosomatischen Erkrankungen auf eine neue Basis stellte *(«Indikatorenrechtsprechung»*), enthielt das wegweisende Urteil auch einen Appell an die Fachgesellschaften zur Entwicklung von Leitlinien. In der Folge erschienen 2016 die 3. Auflage der psychiatrischen und die 2. Auflage der rheumatologischen Begutachtungsleitlinien. Die rheumatologischen Leitlinien wurden in weiten Teilen von den Orthopäden übernommen, welche ihre Begutachtungsleitlinien 2017 publizierten.

Die Schweizerische Akademie für Psychosomatische und Psychosoziale Medizin (SAPPM) und die Schweizerische Gesellschaft zum Studium des Schmerzes (SGSS) legten 2018 gemeinsam Begutachtungsleitlinien für die Psychosomatische Medizin vor, in denen sie sich schwergewichtig den somatoformen Schmerzstörungen und anderen funktionellen Körpersymptomstörungen widmeten.

Ende 2020 erschienen die fächerübergreifenden *«Begutachtungsleitlinien Versicherungsmedizin»*, in denen sich 6 Fachgesellschaften[53] zu den prinzipiellen Fragen der medizinischen Begutachtung äusserten.[54] Im selben Zeitraum wurden die fachspezifischen Leitlinien der Schweizerischen Neurologischen Gesellschaft veröffentlicht. Demnächst werden die Leitlinien zum Konsens in polydisziplinären Gutachten erscheinen.

In der klinischen Medizin können sich Leitlinien in der Regel heute auf einen hohen Grad an Evidenz abstützen, idealerweise auf Reviews und Meta-Analysen. In der Einteilung gemäss AWMF handelt es sich um S3-Leitlinien (Evidenz- und konsensbasierte Leitlinien). Begutachtungsleitlinien können sich weder auf Reviews noch auf Metaanalysen abstützen. Sie basieren auf einem qualitativ deutlich niedrigeren Evidenzgrad. In der Regel handelt es sich um S2k-Leitlinien, sie sind lediglich *konsensbasiert*.

Vorexemplar Referenten

53 Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP), Schweizerische Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie (SGVP), Schweizerische Gesellschaft für Rheumatologie (SGR), Schweizerische Gesellschaft für Physikalische Medizin und Rehabilitation (SGPMR), Swiss Orthopaedics, Schweizerische Neurologische Gesellschaft (SNG).

54 EBNER (2020).

Leitlinien dienen der Standardisierung und damit der Qualitätsverbesserung. Mit der Publikation ist die Arbeit aber noch nicht getan. Leitlinien müssen auch vermittelt und gelehrt werden, was in den Gutachterkursen der *Swiss Insurance Medicine* (SIM) geschieht.

Mit der Entwicklung der Leitlinien wurde die Begutachtung bedeutend aufwändiger, vorab in der Psychiatrie. Dieser Tatsache wurde bei der Tarifierung bisher nicht genügend Beachtung geschenkt.

Zur Bedeutung der Leitlinien aus juristischer Sicht schreibt HANS-JAKOB MOSIMANN: *«Leitlinien haben somit eine doppelte Funktion. Erstens sollen sie, wie oben bereits angetönt, generell die Handhabung des Ermessens, das der psychiatrischen Beurteilung immanent ist, strukturieren; sie sollen der gutachtenden Fachperson gleichsam dort, wo sie sich in unwegsamem Gelände bewegen muss, eine Orientierungshilfe sein. Gleichzeitig sollen sie damit der Rechtsanwendung ermöglichen, die gutachterliche Ermessenausübung nachzuvollziehen. Zweitens sollten sie die Gutachtenspraxis im Hinblick auf die normativ massgeblichen Gesichtspunkte konkretisierend anleiten, und sie sollen es damit der Rechtsanwendung ermöglichen, eben diese Gesichtspunkte abschliessend zu beurteilen.»*[55]

Das Bundesamt für Sozialversicherungen fordert, dass die von der Invalidenversicherung in Auftrag gegebenen Gutachten leitlinienkonform verfasst werden. Die Bedeutung der Leitlinien vor Bundesgericht scheint dagegen noch nicht so klar. Wohl hat es ein Gutachter vor Gericht schwieriger, mit seiner Argumentation zu bestehen, wenn er sich nicht an die Begutachtungsleitlinien hält.

Aus medizinischer Optik gewinnt man den Eindruck, dass dem Bundesgericht die Beachtung der Leitlinien (noch) nicht so wichtig ist, wenn das Endresultat (die Leistungseinschätzung?) passt. So hielt das Bundesgericht im Urteil 8C_260/2017 vom 1. Dezember 2017 in E. 3.3 fest: *«Dass das Gutachten nicht nach den neuen Leitlinien verfasst worden ist, begründet nach dem Gesagten keine Verletzung von Bundesrecht. Ein Gutachten verliert nicht automatisch seine Beweiskraft, wenn es sich nicht an diese anlehnt oder – wie hier – noch gar nicht anlehnen konnte. Der Nichtbefolgung der Begutachtungsleitlinien ist aber bei der Beurteilung des Beweiswertes Rechnung zu tragen, wobei massgebend bleibt, ob ein Gutachten gesamthaft gesehen nachvollziehbar begründet und überzeugend ist.»*

55 MOSIMANN (2016).

Vorexemplar Referenten

G. Digitalisierung in der Versicherungsmedizin

1. Elektronische Dossierführung

Die Digitalisierung führt dazu, dass viele Auftraggeber die Akten heute in Form einer CD-ROM zustellen. Jede Scheibe ist dann gleich dick, unabhängig davon wie viele Daten sie enthält. Man kann einem Brief nicht mehr ansehen, was einem als Gutachter erwartet in Bezug auf die zu bearbeitende Aktenlage.

Die digitale Sammlung der Daten hat viele Vorteile. Eine CD-ROM kann leicht kopiert werden, ist leicht handhabbar und benötigt physisch nur wenig Platz. Es existieren aber auch erheblich Nachteile: Daten werden heute in grossen Mengen gesammelt (Dokumente eingescannt), aber kaum noch sinnvoll geordnet. Nicht selten muss man als Gutachter zuerst einige Stunden Zeit investieren, um das Aktenmaterial chronologisch zu ordnen und die vielen Redundanzen auszusortieren.[56]

Erfreulich ist, dass die Problematik der Aktenführung zunehmend auch den Gerichten auffällt. Im Urteil C-6444/2017 vom 1. Juli 2019 (Rückweisungsentscheid zur weiteren Abklärung) hielt das Bundesverwaltungsgericht in E. 7 fest: *«Zunächst wird die Vorinstanz jedoch ihre Akten anhand der bei drei IV-Stellen geführten Dossiers zu überprüfen, sortieren, vervollständigen und mit einem neuen aussagekräftigen Aktenverzeichnis zu versehen haben in Anbetracht dessen, dass die MEDAS darauf angewiesen sein wird, die Untersuchung anhand vollständiger und (chronologisch) geordneter Akten durchzuführen…».* Analog im Urteil C-4133/2018 vom 31. Juli 2020 E. 5.5.

2. Aktivitäten der Exploranden in den Social Media

Die Digitalisierung hat dazu geführt, dass sich auch Exploranden vermehrt in den digitalen elektronischen Medien äussern (Facebook, Instagram, Twitter etc.). Dabei stellt sich die Frage, ob im Rahmen von Gutachten auch solche digitalen Spuren im Internet erforscht und verwendet werden sollen. Mit dieser Frage haben

[56] In einem besonders krassen Fall erhielt die MEDAS Zentralschweiz von der IV-Stelle ein ausgedruckt 18 kg schweres Dossier, das harmlos in Form einer CD-ROM zugestellt wurde. Das ganze Dossier war dabei in ein einziges PDF-File verpackt. Nach dem aufwändigen mehrstündigen Aussortieren und Ordnen verblieben noch 1.1 kg medizinische und 0.9 kg juristische Akten. Erschwerend ist für die Gutachter zudem, dass nicht alle IV-Stellen die gleiche Software verwenden und die bildgebenden Untersuchungen prinzipiell nie zustellen, im Gegensatz zur SUVA.

Vorexemplar Referenten

sich LIEBRENZ, KIESER und SCHLEIFER aus medizinischer und juristischer Sicht auseinandergesetzt.[57]

LIEBRENZ macht darauf aufmerksam, dass psychisch beeinträchtigte Personen dazu tendieren, sich in den sozialen Medien besser darzustellen, als ihrem Gesundheitszustand entspricht.

H. Versicherungsmedizinische Aus-, Weiter- und Fortbildung

Die Anforderungen an die Ausbildung haben auch in der Versicherungsmedizin zugenommen. Vor 30 Jahren ging man noch von der Vorstellung aus, wer über einen Facharzttitel verfüge, sei auch «automatisch» in der Lage, ein überzeugendes Gutachten zu erstellen. Als der Schreibende das Handwerk der Begutachtung in den 1980er Jahren erlernte, waren es vor allem engagierte und motivierende Chefärzte, welche das Teaching gewährleisteten. Vieles lernte man damals *«on the job».* Unvergessen bleibt dabei die Ermahnung meines letzten klinischen Chefs, Prof. F. J. WAGENHÄUSER, Direktor der Rheumaklinik USZ von 1980 bis 1993. Er brachte mir bei: *«Wenn Du keine Gutachten schreibst, machen es Dümmere als Du. Willst Du das?»* Nein, das wollte ich nicht!

Mehrere Untersuchungen zur Qualität in der Begutachtung führten erhebliche Mängel zu Tage. 1998 analysierte JACQUES MEINE[58] 262 Gutachten aus dem Privatversicherungsbereich, dabei bewertete er 35% als einwandfrei, 36% als lückenhaft und 29% als schwer mangelhaft. Er sprach von einem *«Gutachternotstand in der Schweiz».* Einige Jahre später untersuchte der damalige SUVA Chefarzt CHRISTIAN LUDWIG[59] 102 Gutachten und kam zu vergleichbaren Schlüssen.

In der medizinischen Grundausbildung wird die Versicherungsmedizin nur in wenigen Stunden gelehrt. Man muss zugestehen, dass die Studierenden zu diesem Zeitpunkt noch wenig Interesse an versicherungsmedizinischen Fragestellungen bekunden, für sie stehen zu diesem Zeitpunkt der Ausbildung die klinischen Aspekte der Medizin im Vordergrund.

1998 begann die SUVA in Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Versicherungsverband, Kurse für gutachterlich interessierte Fachärzte anzubieten. Ab 2001 standen diese Kurse unter dem Patronat der FMH. Sie gerieten aber rasch ins

Vorexemplar Referenten

57 LIEBRENZ (2016).
58 MEINE (1998)
59 LUDWIG (2006).

Schussfeld der Patientenanwälte, die geltend machten, die Kurse seien einseitig und zu sehr von den Versicherungen abhängig.

Die breiter abgestützte Interessegemeinschaft *Swiss Insurance Medicine* wurde 2003 gegründet, übernahm die Gutachterkurse und baute sie stetig aus. Heute umfasst die Gutachterausbildung 5 Kursmodule zu 2 Tagen.[60] Die Referentinnen und Referenten stammen aus juristischen- und medizinischen Fakultäten der Universitäten, aus freien Arzt- und Anwaltspraxen, aus Begutachtungsinstitutionen und Sozial- und Privatversicherern.[61] Nach Absolvieren der 5 Kursmodule und dem Bestehen einer schriftlichen Prüfung wird das SIM-Zertifikat erteilt.[62]. Alle fünf Jahre müssen sich die Gutachter rezertifizieren lassen. Dies bedingt den Nachweis einer kontinuierlichen Fortbildung von mindestens 50 Stunden an versicherungsmedizinischen Veranstaltungen, welche von der SIM anerkannt werden.

Am 7. September 2005 wurde die *«Academy of Swiss Insurance Medicine»* (asim) in Basel gegründet, als erstes universitäres Institut für Versicherungsmedizin im deutsch-europäischen Raum.[63] Sie stand damals unter der Leitung von Prof. Dr. med. NIKLAUS GYR und lic. iur. YVONNE BOLLAG. Dass der gut verankerte und breit vernetzte ehemalige Vorsteher des Departementes Medizin am Universitätsspital Basel nach seiner Emeritierung die Energie aufbrachte, eine solche neue Aufgabe anzugehen, ist aus heutiger Sicht ein Glücksfall und immer noch zu bewundern.

Die asim widmete sich nebst der Begutachtung als Dienstleistung zunehmend auch der Aus-, Weiter- und Fortbildung der Ärzte im Bereich Versicherungsmedizin[64] und der Forschung. Ab 2008 wurde erstmals ein erstes zweijähriges Nachdiplomstudium Versicherungsmedizin auf Stufe DAS[65] angeboten, die ersten Studienabschlüsse erfolgten 2010. Noch im Laufe des ersten Kurses wurde das Studienangebot erweitert zu einem Masterlehrgang (MAS Versicherungsmedizin), hier erfolgten die ersten Abschlüsse 2013. Aktuell werden Kurse auf Stufe CAS, DAS und MAS angeboten.

60 Kursporgramm einsehbar auf <www.swiss-insurance-medicine.ch>, zuletzt besucht am 29.01.2021.

61 SOLTERMANN/EBNER (2018).

62 Die Liste der SIM zertifizierten Gutachterinnen und Gutachter ist unter <www.swiss-insurance-medicine.ch> einsehbar [zuletzt besucht am 29.01.2021]. Die Registrierung auf der SIM-Webseite erfolgt auf freiwilliger Basis.

63 STÖHR (2006).

64 <www.unispital-basel.ch/ueber-uns/bereiche/medizin/kliniken-institute-abteilungen/asim-versicherungsmedizin/asim-bildungsaktivitaeten/ausbildung>, zuletzt besucht am 29.01.2021.

65 CAS = Certificate of Advanced Studies (10 ETCS-Credits); DAS = Diploma of Advanced Studies (30-ETCS Credits); MAS = Master of Advanced Studies (60 ETCS-Credits).

Vorexemplar Referenten

Die Forschungsabteilung der asim (unter dem Namen EbIM, *Evidence-based Insurance Medicine*)[66] unter Leitung von Prof. REGINA KUNZ kümmert sich um versicherungsmedizinisch relevante Forschung. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die aufwändige RELY-Studie,[67] welche die Reliabilität psychiatrischer Begutachtungen untersuchte.

I. Tarifierung gutachterlicher Leistungen

Was im Abschnitt Tarifierung der ärztlichen Leistungen im klinischen Kontext beschrieben wurde, gilt in den Grundzügen auch für die Versicherungsmedizin. Mit der Art der Tarifierung werden Anreize und Fehlanreize gesetzt, gewisse Tätigkeiten gefördert, andere benachteiligt. Dabei stellt sich die Grundsatzfrage, ob Gutachten eher nach Aufwand oder pauschal abgegolten werden sollen.

Werden Gutachten deutlich besser entschädigt als Dienstleistungen im klinischen Kontext, so findet man leichter medizinische Experten. Werden Gutachten schlechter entschädigt, entziehen sich viele Mediziner der Begutachtung.

Im Bereich von Unfall- und Haftpflichtgutachten werden die Gutachten aktuell angemessen honoriert. Ein grosses Problem stellt die Abgeltung von polydisziplinären IV-Gutachten dar. Hier hat das Verhältnis von Aufwand zu Ertrag in den letzten Jahren eine derart ungünstige Entwicklung erfahren, dass sie die Qualität der Gutachten ernsthaft gefährdet. Die letzte Tarifanpassung für polydisziplinäre IV-Gutachten erfolgte per 1. April 2012. Sie beruhte nicht zuletzt auf einer Analyse des Bundesgerichts im sog. «MEDAS-Urteil» BGE 137 V 210 vom 28. Juni 2011, in dem das Bundesgericht feststellte, dass Fehlanreize bei der Honorierung von polydisziplinären IV-Gutachten bestehen, welche korrigiert werden müssten.

Seither sind mehrere erhebliche Kostenschübe auf die Gutachteninstitute zugekommen: Einführung der Leitlinien für die psychiatrische Begutachtung, Leitlinien für die somatische Begutachtung, Einführung einer bindenden Abgabefrist, Einführung eines einheitlichen aufwändigen Gutachtensgerüst des BSV 2016 mit Überarbeitung 2018, Lieferung der Akten auf CD-ROM mit zunehmend umfangreicheren Dossiers, die kaum mehr bewältigt werden können. Neu hinzu kommt die Forderung, dass alle Gutachter in den Kernfächern das SIM-Zertifikat erworben haben müssen. Des Weiteren müssen ab 2022 die gutachterlichen Gespräche auf Band aufgezeichnet werden. Die seit vier Jahren laufenden äusserst zähen Ta-

Vorexemplar Referenten

66 <www.unispital-basel.ch/lehre-forschung/ebim-forschung-bildung>, zuletzt besucht am 29.01.2021.
67 KUNZ (2019).

rif-Verhandlungen mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen lassen leider auf der IV-Schiene nichts Gutes erahnen. Die Gefahr besteht, dass man zunehmend gut ausgebildete und erfahrene Gutachter verliert. Wenn dann nur noch diejenigen IV-Gutachten schreiben, die man im klinischen Kontext nicht brauchen kann, ist dies der Qualität nicht förderlich. So erstaunt nicht, dass auch der Expertenbericht LIEBRENZ als Empfehlung E3 anführt: *«Attraktivität der Begutachtungstätigkeit steigern»*[68]

J. Einfluss von Politik, Recht und Ökonomie auf die Begutachtung

Wie bereits im Abschnitt zur Entwicklung in der klinischen Medizin beschrieben, gehört es wohl zum Zeitgeist, dass die Medizin zunehmend erdrückt wird in einem Korsett von politischen, rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen.

1. Regelung des Abklärungsverfahrens

Was die Versicherungsmedizin anbelangt, so führte dies im Laufe der Jahre zu einer zunehmenden *«Verrechtlichung»* das Abklärungsverfahrens, insbesondere auch des Begutachtungsprozesses. Stichwortartig seien aufgeführt: Einführung des ATSG per 1. Januar 2003, Einführung des RAD per 1. Januar 2004, MEDAS-Urteil BGE 137 V 210 vom 28. Juni 2011, Einführung der randomisierten Zuweisung für polydisziplinäre Gutachten per 1. April 2012, Standardisierung der Gutachtensgerüste des BSV vom 9. September 2015 und Neufassung per 1. Januar 2018, Ton-Aufzeichnung der gutachterlichen Gespräche ab 1. Januar 2022.

Als der Schreibende seine gutachterliche Tätigkeit in den 1990er Jahren aufnahm, konnten die angemeldeten Versicherten problemlos zur Untersuchung aufgeboten werden, bei einer Absage konnte schnell ein Ersatz gefunden werden. Gerade bei polydisziplinären Begutachtungen ist der Prozess heute derart komplex und mit viel administrativem Aufwand verbunden, dass bei kurzfristigem Ausfall eines Exploranden kein Ersatzkandidat aufgeboten werden kann, was zu entsprechenden Kosten führt. Die *«Verrechtlichung»* betrifft zunehmend auch die ärztliche Sprechstunde. Die Einführung der Gesprächsaufzeichnung auf Band ist wohl aus guten Gedanken entstanden, sie könnte aber durchaus auch einschneidende negative Folgen auf die Gesprächsführung und den Kontakt zwischen gutachterlich tä-

68 LIEBRENZ (2020), 58.

Vorlesungsplan Referenten

tigem Arzt und Explorand haben.[69] Für die Gutachter tückenreich sind die verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen, die in unterschiedlichen Rechtsgebieten gelten.[70] Die zunehmende Regulierungsdichte hat auch dazu geführt, dass es heute bedeutend schwieriger ist, die für eine objektive Wahrheitsfindung im Rahmen einer Begutachtung benötigten medizinischen Dokumente zu erhalten.

2. Professionalisierung der Versicherungsmedizin

In den letzten 20 Jahren wurde die Versicherungsmedizin zunehmend professionalisiert. Sowohl die SUVA wie auch die Invalidenversicherung verfügen heute über einen breit ausgebauten eigenen versicherungsmedizinischen Dienst. Der *Regionale Ärztliche Dienst* (RAD) der IV wurde mit der 4. IVG-Revision per 1. Januar 2004 eingeführt. Zuvor durften die IV-Ärzte keine Exploranden untersuchen, lediglich Akten beurteilen. Die Professionalisierung des versicherungsmedizinischen Dienstes bringt viele Vorteile, aber auch Nachteile (Gefahr von «abgehobenen», realitätsfremden und versicherungsfreundlichen Beurteilungen).

Auch die Gründung spezialisierter Gutachteninstitute ist Teil der Professionalisierung. 1978 wurde in Basel die erste *Medizinische Abklärungsstelle* (MEDAS) gegründet[71], welche im Auftrag der Invalidenversicherung Begutachtungen durchführte. Nach und nach wurden in der ganzen Schweiz solche MEDAS gegründet, aktuell verfügen 31 Institute über einen Leistungsvertrag mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen.[72] In einem umfangreichen wegweisenden Urteil (BGE 137 V 201) hat sich das Bundesgericht 2011 speziell mit dem Abklärungsverfahren in der IV und den MEDAS auseinandergesetzt. Aufgrund dieses Urteils wurde kurze Zeit später die randomisierte computergesteuerte Zuweisung[73] für polydisziplinäre Gutachten und eine neue Abgeltung mit abgestuften Pauschalen eingeführt. Einige Fehlanreize der früheren Tarifierung wurden damit eliminiert, nicht jedoch Fehlanreize, welche sich durch die weitgehende Privatisierung des Gutachterwesens ergeben haben.

Vorexemplar Referenten

69 LIEBRENZ (2020), 69.
70 ZÜBLIN (2017).
71 SIM (2019).
72 Siehe <www.suissemedap.ch>, zuletzt besucht am 29.01.2021.
73 Einführung der internetbasierten Zuweisungsplattform SuisseMED@P per 01.04.2012, <www.suissemedap.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

3. Privatisierung des Gutachterwesens

Als der Schreibende 2003 die Leitung der MEDAS Zentralschweiz (Trägerschaft: Stiftung Rast, Luzern) übernahm, wurden im Leistungsvertrag mit dem Bundesamt für Sozialversicherungen folgende Rahmenbedingungen festgelegt: Das Institut schafft Kapazitäten für 450 Gutachten pro Jahr, das BSV garantiert 450 Einzelfallpauschalen à CHF 5'400, auch wenn das Institut weniger Aufträge erhalten würde. Da zu diesem Zeitpunkt ein massives Missverhältnis zwischen der grossen Nachfrage nach Gutachten und den wenigen MEDAS Stellen bestand, war diese Garantie des BSV nicht mit einem realen finanziellen Risiko verbunden. Drei Jahre später garantierte das BSV nur noch die Abgeltung der Hälfte der geforderten Jahreskapazität, d.h. das Geschäftsrisiko wurde zur Hälfte auf die Stiftung übertragen. In der Neufassung des Leistungsvertrages 2009 forderte das BSV (das Geschäftsfeld Invalidenversicherung stand unter der Leitung eines Ökonomen) eine bestimmte Kapazität von Gutachten, garantierte aber keine einzige Zuweisung mehr. Das Geschäftsrisiko wurde somit vollständig auf die Gutachteninstitute übertragen, *die Begutachtung weitgehend privatisiert.*

Das ging so lange gut, als die Nachfrage das Angebot immer noch weit überstieg und der Tarif die realen Kosten abbildete. In den folgenden Jahren schloss das BSV mit zunehmend mehr Instituten Leistungsverträge ab. Das hat die positive Folge, dass die meisten polydisziplinären Gutachten schnell verteilt werden können. Aber die meisten Gutachterstellen haben nun massive Einkommensverluste zu verzeichnen, einige sind in ihrer Existenz gar ernsthaft gefährdet. Leider verdient man sein Geld als Gutachter schneller, wenn man bei der Begutachtung oberflächlich bleibt und möglichst wenig Arbeitsunfähigkeiten attestiert.

Kollateralschäden der Privatisierung, welche dem Bundesgericht schon im MEDAS-Urteil (BGE 137 V 210) auffielen, wurden bis heute nicht korrigiert. In E. 2.1.3 stellte das Gericht fest: *«Da Gutachten wegen dieser Hilfsfunktion oft ein bestimmendes Element des rechtlichen Erkenntnisses bilden, müssen medizinische Sachverständige grundsätzlich gleichermassen unabhängig und unparteiisch sein wie Richterinnen und Richter (vgl. BGE 132 V 93)[...]. Diese elementare rechtsstaatliche Anforderung gilt auch für medizinische Administrativgutachten [...]»*

Des Weiteren hielt E. 2.4.3. fest: *«Die MEDAS erfüllen eine öffentliche Aufgabe [...]. Die Gewinnorientierung in Verbindung mit einer allfälligen Erwartung der Auftraggeberin kann mit anderen Worten eine gutachterliche Aufgabenerfüllung begünstigen, die nicht mehr ausschliesslich dem gesetzlichen Auftrag verpflichtet wäre.»*

Vorexemplar Beratenen

Das lässt auch die Frage aufkommen: Warum wurde das Gerichtswesen nie privatisiert? Vermutlich ist deshalb niemand auf diese Idee gekommen, weil allen klar ist, dass dies zu vielen Fehlanreizen führen und die Qualität der Rechtsprechung beeinträchtigen würde: Richterinnen und Richter müssten sich mit ihren Urteilen auf dem freien Markt bewähren und ihr Lohn würde von der Anzahl der «verkauften» (gut absetzbaren) Urteile abhängen. Nach diesem Prinzip funktioniert das Gutachterwesen. Die Begutachtung von Menschen ist aber nicht direkt vergleichbar mit der Produktion und dem Verkauf von Krawatten.

Interessant ist, dass auch der vom Bundesrat veranlasste und im August 2020 publizierte Expertenbericht LIEBRENZ den Vorschlag macht: *Entwicklung vom «Markt- zum Staat-Modell» prüfen.*[74]

4. Eingriffe der Rechtsprechung in medizinische Belange

Ein besonderes Spannungsfeld für die medizinischen Experten entsteht dort, wo das Bundesgericht stark auf die medizinische Ebene eingreift. Erinnert sei an die Einführung der *«Überwindbarkeitspraxis»* (BGE 130 V 352 vom 12. März 2004). Das Bundesgericht ging von der Annahme aus, chronische Schmerzen sei per se *überwindbar* (Regel mit Ausnahmen). Es dauerte gut zehn Jahre, um das Bundesgericht davon zu überzeugen, dass diese richterliche Annahme kein medizinisches Fundament hat.[75] Mit der Neufassung vom 9. Juni 2015 (BGE 141 V 281, *«Indikatorenrechtsprechung»*) wurde die rechtliche Würdigung psychosomatischer Krankheiten auf eine Basis gestellt, die erheblich besser mit den medizinischen Erkenntnissen kompatibel ist. Die gut zehn Jahre lang gültige Schmerzrechtsprechung nach BGE 130 V 352 hatte aber dazu geführt, dass sich viele psychiatrische Gutachter derart beeinflussen liessen, dass aus den Gutachten kaum noch erkennbar war, was medizinische und was rechtliche Beurteilung war.

Dass nun bereits wieder eine neue, medizinisch nicht begründbare richterliche Vermutung im Raum steht (*«Gesundheitsvermutung»*, BGE 144 V 50), sei hier am Rande vermerkt.[76] Die Verrechtlichung gutachterlicher Leistungseinschätzungen hat auch dazu geführt, dass der juristische Begriff *Arbeitsunfähigkeit* (Art. 6 ATSG) oft nicht mehr die reale Fähigkeit des Menschen abbildet, eine konkrete Arbeit verrichten zu können.

Vorzeichnungen

74 LIEBRENZ (2020), 73, Vorschlag E4.
75 JEGER (2011).
76 JEGER (2018).

Den Richterpersonen sei vor der Endfassung des Entscheides folgende *«Neunerprobe»* empfohlen: Korreliert der Entscheid mit der realen Fähigkeit, im ersten Arbeitsmarkt einer bezahlten Arbeit nachzugehen? Oder hat die juristische Optik diesen Aspekt zu sehr vernachlässigt?

Auch das rechtliche Konstrukt der *«IV-fremden Faktoren»* kam in dieser Form erst ab 2001 ins Spiel (BGE 127 V 294). Die Abtrennung dieser vom Bundesgericht nie klar definierten Faktoren zwingt den Gutachter zu unwissenschaftlichem Vorgehen. Es gibt zu dieser Frage keine publizierte Forschung. Entsprechend ist das Ausschälen von *«IV-fremden Faktoren»* im Rahmen eines Gutachtens einem grossen Ermessensspielraum unterworfen. Dies widerspricht aber dem Ziel, das man mit der Entwicklung von Leitlinien erreichen möchte.

5. Observationsmaterial in der Begutachtung

Das Erstellen von Observationsmaterial durch die Versicherungen und die Erwartung an die Gutachter, dieses Material auszuwerten, ist eine eher neuere Erscheinung der Versicherungsmedizin und stellt die Gutachter vor besondere technische und berufsethische Herausforderungen.[77] Ob, wie und unter welchen Voraussetzungen Observationsmaterial erstellt und verwendet werden darf, war in den letzten Jahren Gegenstand hitziger fachlicher, politischer und öffentlicher Diskussionen und benötigte eine Änderung der gesetzlichen Grundlage.

6. Personelle Vertretung der Medizin im BSV

Das Übergewicht von Ökonomie, Recht und Politik gegenüber der Medizin findet ihr Abbild auch in der personellen Zusammensetzung im Bundesamt für Sozialversicherungen. Als der Schreibende 2003 die Leitung der MEDAS Zentralschweiz übernahm, war der Stellvertreter der Direktorin im Geschäftsfeld Invalidenversicherung ein Arzt (Dr. med. CARL LUCAS BOHNY). Nach dessen Pensionierung wurden die medizinischen Fachpersonen im Organigramm tiefer unten angesiedelt, schliesslich verzichtete man ganz auf Mediziner. Aktuell arbeiten im Geschäftsfeld Invalidenversicherung im BSV keine Ärzte, der medizinische Sachverstand wurde wegorganisiert.

77 SCHLEIFER (2019).

Vorexemplar Referenten

IV. Ausblick

Die Begutachtung ist eine äusserst spannende Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht. Beide Disziplinen sollten in ständigem Austausch sein und sich mit gegenseitiger Wertschätzung begegnen.[78] Keine Disziplin kann für sich allein die absolute Wahrheit in Anspruch nehmen und die anstehenden Probleme rund um den Vollzug der Sozialversicherungen lösen.

Die Professionalisierung der Versicherungsmedizin hat die Qualität der Begutachtung positiv beeinflusst. Versicherungsmedizin sollte aber nach wie vor von Medizinern betrieben werden, die über eine umfangreiche klinische Berufserfahrung verfügen.

Die Qualität der Begutachtung war während meiner gut 30-jährigen gutachterlichen Tätigkeit stets ein Thema. Dabei blieb bis heute unklar, was denn ein *«gutes»* Gutachten ausmacht. Diesbezüglich haben die unterschiedlichen Stakeholder sehr unterschiedliche Vorstellungen, was auch eine wissenschaftliche Untersuchung der asim Basel zeigte.[79] In der Wintersession 2019 des Nationalrates wurden sieben Interpellationen eingereicht, welche sich mit der medizinischen Begutachtung beschäftigten. Der Bundesrat verwies in seinen Antworten auf einen in Auftrag

78 Ein spezieller Dank gilt Prof. Dr. iur. ULRICH MEYER, Bundesrichter 1986–2020 und Bundesgerichtspräsident 2016–2020. Er hat sich immer wieder an Kongressen und Symposien der direkten Diskussion mit Medizinern gestellt. In unzähligen persönlichen Gesprächen hatte der Schreibende die Möglichkeit, Argumentation und Denkweise des Rechts aus erster Hand zu erfahren und die Anliegen der Medizin darzulegen. Mein Dank gilt auch den juristischen Fachpersonen Dr. iur. KATHRIN AMSTUTZ, lic. iur. PETER ARNOLD, lic. iur. MARCEL ATTINGER, lic. iur. YVONNE BOLLAG, Dr. iur. SUSANNE BOLLINGER, Dr. iur. PHILIPP EGLI, Dr. iur. HEINER EIHOLZER, Dr. iur. THOMAS FLÜCKIGER, Dr. iur. MARKUS FUCHS, Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, BR Dr. iur. ALEXIA HEINE, Prof Dr. iur. UELI KIESER, PD Dr. iur. MATTHIAS KRADOLFER, Prof. Dr. iur. HARDY LANDOLT, Dr. iur. MICHAEL E. MEIER, Dr. iur. HANS-JAKOB MOSIMANN, PD Dr. iur. URS MÜLLER, Prof. Dr. iur. ERWIN MURER, Prof. Dr. iur. GABRIELA RIEMER-KAFKA, Dr. iur. FRANZ SCHLAURI (verstorben 2020), Dr. iur. MYRIAM SCHWENDENER, Dr. iur. EVA SLAVIK, Dr. iur. BERNHARD STUDHALTER, Dr. iur. ANDREAS TRAUB, BR lic. iur. MARTIN WIRTHLIN, lic. iur. ERICH ZÜBLIN. Sie haben mir viele wertvolle Einsichten vermittelt und wichtige Diskussionen ermöglicht.

Für den intensiven fachmedizinischen Diskurs und die mentale Unterstützung danke ich speziell herzlich Prof. Dr. med. JOHANNES BIRCHER, Dr. med. JOSEF E. BRANDENBERG, Dr. med. GERHARD EBNER, PD Dr. med. NIKLAUS EGLOFF, Dr. med. MLaw SIMON GRAF, Prof. Dr. med. NIKLAUS GYR, Dr. med. ULRIKE HOFFMANN-RICHTER, Prof. Dr. med. PETER KEEL, Prof. Dr. med. REGINA KUNZ, Prof. Dr. med. MICHAEL LIEBRENZ, Prof. Dr. med. RALPH MAGER, Dr. med. BRUNO MÜLLER, Dr. med. RITA SCHAUMANN-VON STOSCH, Dr. med. HOLGER SCHMIDT, Dr. med. FELIX SCHWARZENBACH und Dr. med. BRUNO SOLTERMANN. Die Kontakte mit ihnen und vielen weiteren Fachpersonen haben mich in unschätzbarer Weise bereichert. Zu grossem Dank verpflichtet bin ich der Trägerschaft der MEDAS Zentralschweiz (Stiftung Rast, Präsident des Stiftungsrates lic. iur. PIERRE PEYER), die mich stets unterstützt und mir ideale Arbeitsbedingungen geboten hat, sowie meinen langjährigen Mitarbeitern, ohne die ich meine Ideen nicht hätte verwirklichen können.

79 SCHANDELMAIER (2015).

Vorab unter Referenten

gegebenen, demnächst zu erwartenden Expertenbericht. Der Bericht LIEBRENZ[80] wurde im August 2020 publiziert. Darin werden 13 konkrete Vorschläge gemacht. Bleibt zu hoffen, dass diese zeitnahe umgesetzt werden.

Im Titel des Aufsatzes wurde die Frage aufgeworfen, ob die Entwicklungen in der Begutachtung eher einem Königsweg, einem Holzweg oder einer Hohlen Gasse entsprechen. Es ist wohl eine Mischung von alledem.

Die Professionalisierung der Versicherungsmedizin, die Verbesserung der Aus-, Weiter- und Fortbildung, die Einführung der evidenzbasierten Medizin, die vermehrte Verwendung der ICF und die vereinheitlichte Struktur der Gutachten entsprechen wohl dem Königsweg. Ebenso ist erfreulich, dass es inzwischen auch eine versicherungsmedizinische Forschung gibt. Auch die rechtsgleiche Behandlung aller psychischen Erkrankungen nach BGE 141 V 281 hat viele frühere Fehler korrigiert und geht in die richtige Richtung, sofern sie vernünftig («mit Augenmass») angewendet wird.

Die vollständige Privatisierung des Gutachterwesens mit den genannten Kollateralschäden ist eher eine Sackgasse. Hier sind dringend Massnahmen angezeigt, welche die sachfremden Einflussfaktoren eliminieren. Ebenso braucht es dringend Massnahmen zur Verbesserung der Aktenführung durch die IV-Stellen, sonst können die Dossiers von den Gutachtern nicht mehr bewältigt werden. Die moderne IT bietet Lösungen für eine effiziente und anwenderfreundliche Dossierführung, was die SUVA aktuell umsetzt.

Die zunehmende Verrechtlichung des Verfahrens entspricht eher einer Hohlen Gasse, in der man nie weiss, wo, wann und von wem man als Gutachter angegriffen wird und wie man wieder herauskommt.

Literaturverzeichnis

ANNER J. ET AL., Evaluation of work disability and the international classification of functioning, disability and health: what to expect and what not. BMC Public Health 2012, 12: 470 [Epub].

BIRCHER JOHANNES, WEHKAMP KARL-HEINZ, Das ungenutzte Potential der Medizin. Analyse von Gesundheit und Krankheit zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Verlag Rüffer & Rub (2006).

80 LIEBRENZ (2020).

Vorexemplar Referenten

BIRCHER JOHANNES, Die verlorene Hälfte der Medizin. Springer Verlag (2019).

BUSSE J. W. ET AL. Guideline for opioid therapy and chronic noncancer pain. CMAJ 2017 May 8; 189: E659-66 [Epub].

CARRINO J. A. ET AL., Lumbar Spine: Reliability of MR Imaging Findings. Radiology 2009; 250, 161 ff.

EBNER GERHARD, ICF und Begutachtung in der Psychiatrie. MedInfo SVV Nr. 2/2017, 16 ff.

EBNER G., BOSSHARD CH., JEGER J., KLIPSTEIN A., STÖCKLI H. R., Begutachtungsleitlinien Versicherungsmedizin. SZS Nr. 6/2020, 295 ff.

ENGEL GEORGE L., The Need for a New Medical Model: A Challenge for Biomedicine. Science 1977; 196: 129 ff.

FRANCES ALLEN, The new crisis of confidence in psychiatric diagnosis. Annals of Internal Medicine 2013; 159: 221 ff.

FRANCES ALLEN, Normal: Gegen die Inflation psychiatrischer Diagnosen. DuMont Buchverlag (2014).

FRANKE ALEXA, Modelle von Gesundheit und Krankheit: Lehrbuch Gesundheitswissenschaften. Huber Verlag, 3. Aufl. (2012).

GYR NIKLAUS, BOLLAG YVONNE, Versicherungsmedizin – ein universitäres Fachgebiet? Schweizerische Ärztezeitung 2005; 86: 1400 ff..

HADLER NORTIN M., The Last Well Person. McGill University Press (2007).

ILLICH IVAN, Die Nemesis der Medizin. Die Kritik der Medikalisierung des Lebens. Verlag Beck (1995).

JEGER JÖRG, Somatoforme Schmerzstörung und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung? Schriftenreihe IRP-HSG St. Gallen, Band 35 (2006), 155 ff.

JEGER JÖRG, Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz. Jusletter vom 16.5.2011.

JEGER JÖRG, Tinnitus: ein psychisches Leiden? Gedanken zu BGE 8C_498/2011 vom 3. Mai 2012 aus medizinischer Sicht. Jusletter vom 27.08.2012.

JEGER JÖRG, Garbage in – Garbage out. Die Kunst der Fragestellung für medizinische Gutachten. Justice - Justiz - Giustizia Nr. 4/2015.

JEGER JÖRG, Die Verwendung der International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) in der somatischen Begutachtung. MedInfo SVV Nr. 2/2017, 6 ff.

JEGER JÖRG, «Der Mensch ist gesund.» Gedanken eines Mediziners zu einer richterlichen Vermutung in BGE 144 V 50. Jusletter vom 08.10.2018.

Vorexemplar Referenten

JENZER GERHARD, 15 Jahre helvetisches Schleudertrauma. Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87: 1230 ff.

KUNZ R. ET AL., The reproducibility of psychiatric evaluations of work disability: two reliability and agreement studies. BMC Psychiatry (2019) 19: 205 [Epub].

LIEBRENZ M., KIESER U., SCHLEIFER R., Funktionserfassung 2.0 – Möglichkeiten und Grenzen des Gutachters im digitalen Zeitalter. SZS Nr. 6/2016, 582 ff.

LIEBRENZ M. ET AL., Evaluation der medizinischen Begutachtung in der Invalidenversicherung. Expertenbericht im Auftrag des Bundesamts für Sozialversicherungen. Bern (2020).

LINDEN M., BARON ST., MUSCHALLA B., CORSTEN M., Fähigkeitsbeeinträchtigungen bei psychischen Erkrankungen: Diagnostik, Therapie und sozialmedizinische Beurteilung in Anlehnung an das Mini-ICF-APP. Huber Verlag (2014).

LUDWIG CHRISTIAN, Qualität fachärztlicher Gutachten im Bereich der sozialen Unfallversicherung. Medizinische Mitteilung SUVA Nr. 77/2006.

MEINE JACQUES, Gutachternotstand in der Schweiz. Schweiz Ärztezeitung 1998; 79: 240 ff.

MORGER M., MÜLLER P., Neue ambulante Tarifstruktur TARDOC: eine Notwendigkeit. Schweizerische Ärztezeitung 2019; 100; 1650 ff.

MOSIMANN HANS-JAKOB, Der Beitrag der Leitlinien für die Rechtsprechung. Erwartungen an die Gutachterinnen und Gutachter. SZS Nr. 5/2016, 507 ff.

RIEMER-KAFKA G. (Hrsg.), Versicherungsmedizinische Gutachten. Stämpfli Verlag, 3. Aufl. (2017).

SACKET D.L. ET AL., Evidence based medicine: what it is and what it isn't. BMJ 1996; 312: 71 ff.

SCHANDELMAIER ST. ET AL., Attitudes towards evaluation of psychiatric disability claims: a survey of Swiss stakeholders. Swiss Medical Weekly 2015; 145: w14160 [Epub].

SCHLEIFER R.; KIESER U., LIEBRENZ M., Verwendung von Observationsmaterial im Rahmen von psychiatrischen Gutachten. SZS Nr. 4/2019, 197 ff.

SCHLUP JÜRG, Switzerland first? Editorial. Schweizerische Ärztezeitung 2020; 101; 1558.

SCHUNTERMANN MICHAEL, Einführung in die ICF. Grundkurs – Übungen – offene Fragen. Ecomed Verlag, 4. Aufl, (2018).

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE FÜR PSYCHOSOMATISCHE UND PSYCHOSOZIALE MEDIZIN, SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT ZUM STUDIUM DES SCHMERZES, Leitlinien Psychosomatische Medizin. <www.sappm.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR PSYCHIATRIE UND PSYCHOTHERAPIE, Leitlinien für die Begutachtung psychiatrischer und psychosomatischer Störungen in der Versicherungsmedizin. 3. Aufl. (2016), <www.sgpp.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

Vorexemplar Referenten

SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR RHEUMATOLOGIE, Leitlinien für die rheumatologische Begutachtung, 2. Aufl. (2016). <www.rheuma-net.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

SCHWEIZERISCHE NEUROLOGISCHE GESELLSCHAFT, Begutachtungsleitlinien Versicherungsmedizin, fachspezifischer neurologischer Teil (2020). <www.swissneuro.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG DER NEUROPSYCHOLOGINNEN UND NEUROPSYCHOLOGEN, Leitlinien für die neuropsychologische Begutachtung, 2. Aufl. (2016). <www.neuropsy.ch> zuletzt besucht am 28.01.2021.

SOLTERMANN BRUNO, EBNER GERHARD, Ausbildung der medizinischen Gutachter und Qualität der Gutachten. Schweizerische Ärztezeitung 2018; 99: 1466-1468.

STALDER HANS, Gesundheitschecks: EBM oder BBM? Schweizerische Ärztezeitung 2009; 90: 278.

STÖCKLI HANS RUDOLF, Die Ausbildung medizinischer Gutachter in der Schweiz – bisher und künftig. Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87: 1030 ff.

STÖHR SUSI, asim – Academy of Swiss Insurance Medicine – ein Jahr später. Schweizerische Ärztezeitung 2006; 87: 1219 ff.

SWISS INSURANCE MEDICINE, Medizinische Begutachtung in der Schweiz (2019). <www.swiss-insurance-medicine.ch>, zuletzt besucht am 29.01.2021.

SWISS ORTHOPAEDICS, Leitlinien für die orthopädische Begutachtung. <www.swissorthopaedics.ch>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

TRAUB ANDREAS, ICF und Begutachtung aus juristischer Sicht. MedInfo SVV Nr. 2/2017, 39 ff.

TREEDE D. ET AL., Chronic pain as a symptom or a disease: the IASP classification of chronic pain for the International Classification of Disesases (ICD-11). Pain 2019; 160: 19 ff.

VETTI N. ET AL., Follow-Up MR Imaging of the Alar and Transverse Ligaments after Whiplash Injury: A Prospective Controlled Study. Am J Neuroradiol 2011; doi: 10.3174/ajnr.A2636. Epub 2011 Sep 15.

VIOLAN C. ET AL., Prevalence, Determinants and Patterns of Multimorbidity in Primary Care: A Systematic Review of Observational Studies. PLOS One 2014; 9: e102149 [Epub].

ZÜBLIN ERICH, Psychosomatische Gesundheitsstörungen im Sozialversicherungs-, Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht. In: KIESER U. (Hrsg.), Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht. Schriftenreihe IRP-HSG St. Gallen, Band 101 (2017), 133 ff.

Vorexemplar Referenten

Rainer Deecke*

20 Jahre Personen-Schaden-Forum: Rückblick, Ausblick und (unerfüllte?) Wünsche – aus anwaltlicher Sicht

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung 372

II. Wie steht es um den Haftpflichtprozess? 373

A. Haftpflichtprozesse stehen unter einem «schlechten Stern» 373

B. Das Damoklesschwert der Substanziierung 375

1. Das Dilemma der ausufernden Rechtsschriften 375
2. Haushaltsschaden 376
3. Erwerbsschaden 378
4. Substanziierung mittels Privatgutachten? 378
5. Richterliche Fragepflicht 380

C. Vorsorgliche Beweisführung 384

1. Übersicht 384
2. Anspruch bei Vorliegen eines «Fremdgutachtens»? 384
3. Vorliegen eines IV-Gutachtens? 384
4. Substanziierung der anspruchsrelevanten Tatsachen 386
5. Keine unentgeltliche Rechtspflege im 158er Verfahren 386
6. Anspruch auf Parteientschädigung 387
7. Ausblick und Fazit 387

D. Teilklage / neg. Feststellungswiderklage 388

1. Überblick 388
2. Schutzwürdiges Interesse? 389
3. Revision 390
4. Der Anwalt im «Aufklärungs-Dilemma» 390
5. Wenn Teilklage dann unechte Teilklage 391
6. Zwischenlösungen 392

III. Verfahren vor Bundesgericht 393

A. Sinkende Erfolgsquoten 393

B. Einstimmigkeit am Bundesgericht? 394

C. «Dissenting opinion» 394

D. Prozesschancen- und Risiken kaum abschätzbar 395

IV. Fazit und Ausblick 396

A. Zehn Wünsche... 396

B. Ausblick auf das Jahr 2041 398

Literaturverzeichnis 399

* Fachanwalt SAV für Haftpflicht und Sozialversicherungsrecht, schadenanwaelte AG, Zug.

Vorex mpler Referenten

I. Einführung[1]

Wenn der Schreibende sich an die Anfangszeit als Anwaltspraktikant im Jahr 2006 erinnert, dann war die Erkenntnis prägend, dass sich Haftpflichtfälle bis zur Erledigung nicht nur Jahre, sondern durchaus auch Jahrzehnte hinziehen können.[2] Der Schreibende hatte die Ehre, während seines Ausbildungsjahres seinen Mentor Dr. Max Sidler oftmals an Zivilprozesse begleiten zu dürfen, wobei er schnell realisieren musste, dass «Lust und Frust» im Anwaltsberuf sehr nahe beieinander liegen.

Die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 stellt zweifellos die zentrale Neuerung für das Verfahrensrecht der letzten Dekaden dar. Die Erwartungen, welche in das neue, 26 kantonale Zivilprozessordnungen ablösende Gesetz gelegt wurden, waren gross. Insbesondere die Möglichkeit, mittels vorsorglicher Beweisführung nach Art. 158 ZPO bspw. ein Gutachten zur Abschätzung der Prozesschancen einholen zu können oder in einem komplexen Personenschadenfall einen «Testballon» mittels einer Teilklage im vereinfachten Verfahren starten zu können (Art. 243 ZPO), liessen Hoffnungen aufkeimen, in Zukunft riskante, kostspielige und nicht zuletzt nervenaufreibende Prozesse vermeiden und Haftpflichtfälle angemessener abschliessen zu können. Die anfängliche Euphorie ist allerdings – zumindest aus Klägerperspektive – weitgehend verflogen.[3]

Die Anforderungen an die prozessierenden Parteien sind in den letzten Jahrzehnten stark gestiegen. Aus Sicht des rechtssuchenden Bürgers ist es zu bedauern, dass das Bundesgericht viele sinnvolle, risikominimierende Instrumente der «neuen» ZPO relativiert oder deren Zugang beschränkt hat. Die schweizerische Justiz gilt als die teuerste Europas.[4] Jeder (Haftpflicht-)Prozess stellt aufgrund der momentanen Rechtslage ein existenzbedrohendes Risiko für die in der Regel nicht auf Rosen gebettete geschädigte Partei dar.

Vorexemplar Patienten

1 Ich danke Rechtsanwalt Patrick Wagner für die kritische Durchsicht des Beitrages.

2 So wurde bspw. ein im Jahre 1999 eingeleiteter Prozess, der die haftpflichtrechtlichen Folgen eines Autounfalls aus dem Jahre 1993 zum Gegenstand hatte, erst nach beinahe 18-jähriger Prozessdauer mit dem Urteil des BGer 4A_204/2017 vom 29. August 2017 rechtskräftig beendet. Das Unfallereignis aus dem Jahr 1997 mit Klage im Jahr 2003 kam nach 17-jähriger Prozessdauer mit dem Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 zur Ruhe.

3 HABLÜTZEL, 134 ff.; HAAG, 1 ff.

4 SCHUMACHER RENÉ, 15.

II. Wie steht es um den Haftpflichtprozess?

A. Haftpflichtprozesse stehen unter einem «schlechten Stern»

Prozessrecht ist dienendes Recht. Es soll das materielle Recht verwirklichen und diesem zum Durchbruch verhelfen.[5] Gemäss der Botschaft des Bundesrats zur ZPO Revision hat sich die Schweizerische ZPO insgesamt bewährt und es sind nur «punktuelle Verbesserungen» notwendig, damit die Praxistauglichkeit und die Rechtsdurchsetzung gestärkt werden kann.[6] Konträr dazu wird seit Jahren von Prozessanwälten moniert, dass bspw. die Substanziierungsanforderungen der Gerichte kaum vorhersehbar und überzogen sind.[7] So schrieb PRIBNOW im Jahr 2008 noch vor Einführung der neuen ZPO:

> «Die Urteile, in denen die Forderung auf Ersatz des Haushaltsschadens mangels genügender Substanziierung abgewiesen worden ist, haben ein erschreckendes Ausmass angenommen, das den effektiven Rechtsschutz ebenso in Frage zu stellen beginnt wie die forensische anwaltliche Tätigkeit.»[8]

LANDOLT schrieb im HAVE 3/2011:

> «Jeder Haftpflichtanwalt weiss nur zu gut, worauf er sich einlässt, wenn er klagt. Der Richter wird immer öfters zu seinem Henker!»[9]

SCHMID führte anlässlich der HAVE Tagung vom 24. November 2011 aus:

> «Schliesslich ist nicht zu verkennen, dass die Anforderungen an die anwaltliche Sorgfaltspflicht gerade in Haftpflichtprozessen in den letzten Jahren enorm zugenommen haben und mitunter der Eindruck entsteht, dass sich die Gerichte unter Berufung auf die mangelnde Substanziierung von Tatsachenbehauptungen der lästigen Pflicht entledigen, den an sie herangetragenen Sachverhalt materiell zu beurteilen. Bei Lichte betrachtet ist es aber nie so, dass das Gericht nicht etwa wüsste, welchen Sachverhalt es zu beurteilen hätte, so dass man sich schon fragen muss, inwieweit die Substanziierungslast der Rechtsfindung oder nur dem Richter dient.»[10]

5 Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7315.
6 Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2698.
7 SCHWEIZER, Aspekte, 169 mit Hinweisen.
8 PRIBNOW, Haushaltsschaden, 242.
9 LANDOLT, Erfahrungen, 294.
10 SCHMID, Prozessieren oder Vergleichen?, 14.

Vorexemplar Referenten

FELLMANN machte am Personen Schaden Forum 2012 folgenden, eindringlichen Appell:

> «Es wäre nämlich eine staatliche Aufgabe, den Parteien zu ihrem Recht zu verhelfen. Und die Art, wie dies die Gerichte und der Gesetzgeber tun, begründet, erhält oder zerstört in vielen Fällen das Vertrauen des Bürgers in die Justiz und in den Rechtsstaat. Es ist also nichts weniger als eine staatstragende Aufgabe, die der Richter zu erfüllen hat. Dieser Aufgabe darf er sich nicht mit der faulen Ausrede entledigen, die Parteien hätten ihm nicht alles vor den Richterstuhl getragen, was er für sein Urteil brauche. Er hat vom Richterstuhl aufzustehen und selbst nach dem Rechten zu sehen, wenn die Parteien oder ihre Anwälte versagen. Der Richter muss nachfragen, mit den Parteien (und ihren Anwälten) das Gespräch suchen, wenn er bei der Rechtsfindung auf Lücken im Sachverhalt stösst, welche die ins Auge gefasste Rechtsanwendung durchkreuzen.»[11]

Die Einführung der Schweizerischen ZPO stand auch unter dem Credo der Entlastung der Gerichte:

> «Der Ruf nach Entlastung der Gerichte ist heute unüberhörbar.»,

steht in der Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung.[12] Nach HABLÜTZEL wurde dieses Ziel wohl erreicht:

> «Die Gerichte haben damit den unmittelbar nach Einführung der ZPO festgestellten Rückgang der Forderungsprozesse und insbesondere der Haftpflichtprozesse weiter gefördert und somit teilweise selbst zu verantworten. Dass es die Gerichte selbst sind, die den Zugang zum Gericht erschweren, zeigt ein Selbstbild des Richters, der weder richten noch schlichten will. Denn trotz Zunahme der Komplexität im Alltag und im Wirtschaftsleben, trotz Steigerung der Wohnbevölkerung, der Freizeitaktivitäten und des Konsums und trotz Anstieg der Anzahl Rechtsschutzversicherter und Zulassung von Prozessfinanzierern ist eine starke Abnahme an Zivilklagen zu verzeichnen.
>
> Ein Zusammenhang mit den steigenden Prozesshürden und den hohen Kosten ist unschwer zu erkennen.»[13]

Vorexamen Referenten

11 FELLMANN, Formalismus, 281.
12 Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7241.
13 HABLÜTZEL, 141.

Immerhin sollen mit der ZPO Revision nun die Kostenvorschüsse halbiert und das Inkassorisiko soll nicht mehr der vorschiessenden Partei überbunden werden.[14] An den grundsätzlich sehr hohen Gerichtskosten soll sich jedoch nichts ändern.[15] Die Themen Formalismus/Substanziierung sind im Rahmen der anstehenden ZPO Revision kein Thema. Somit könnte man den Schluss ziehen, dass die Rufe nach weniger Formstrenge spezifisch den Haftpflichtbereich betreffen. Darauf lässt eine Aussage GALLIS aus dem Jahr 2015 schliessen:

> «Aus der Optik eines Gerichts, welches mit der Entscheidung einer Haftpflichtstreitigkeit betraut ist, steht die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR von vornherein unter einem schlechten Stern. Haftpflichtprozesse sind generell beim Gericht wenig gern gesehene Gäste.»[16]

B. Das Damoklesschwert der Substanziierung

1. Das Dilemma der ausufernden Rechtsschriften

Die Substanziierung stellt nach wie vor die grösste Herausforderung und zugleich grösste «Angst»[17] der prozessierenden Anwältin und des prozessierenden Anwalts dar. Auf das Beweisergebnis hat die Rechtsvertretung weniger Einfluss, wohingegen sie sich für eine mangelhafte Substanziierung – zumindest moralisch[18] – oft in der Verantwortung sehen wird.[19] Auch Sachverhalte nach Art. 42 Abs. 2 OR – die beim zukünftigen Invaliditätsschaden regelmässig vorliegen – sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vom Geschädigten soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.[20] Schwierigkeiten bereiten in der Praxis die Darlegung des Schadens, in Personenschadenfällen insbesondere des Erwerbsschadens bei Selbständigerwerbenden sowie seit eh und je des Haushaltsschadens.

Die Eidgenössische ZPO zeichnet sich durch eine strenge Eventualmaxime aus und die Parteien sind mit neuen Behauptungen nach zweifachem Schriftenwechsel

14 Entwurf Art. 98 und Art. 111 revZPO.

15 MARTI, 17 ff. der von «minimalen Korrekturen» spricht, die keinesfalls ausreichend sind, um dem Mittelstand den Rechtsweg zu gewährleisten.

16 GALLI, 208.

17 Lektion Nr. 1 von Dr. Max Sidler: «Ein Anwalt darf niemals Angst haben und wenn er Angst hat, darf er sie sich niemals anmerken lassen!».

18 Nicht jede lückenhafte Substanziierung führt zur Haftung des Anwalts, auch wenn bei nachträglicher Betrachtung ein Schaden hätte vermieden werden können, vgl. FELLMANN, Fragepflicht, 91.

19 Lektion Nr. 2 von Dr. Max Sidler: «Ein Anwalt macht keine Fehler, und wenn er sie macht, macht er sie von morgens bis spätestens mittags, um sie danach bis abends wieder auszubügeln!».

20 BGE 140 III 409 E. 4.3.1.

Vorexemplar Referenten

ausgeschlossen (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Dies bringt den Anwalt in ein Dilemma.[21] Denn er erfährt oft erst nach Fall der Novenschranke, wo die Behauptungen aus Sicht des Gerichts nicht vollumfänglich genügen, was meist kaum vorhersehbar ist. Dies ist mit der Hauptgrund, weshalb die Rechtsschriften immer länger werden, was wiederum die Gerichte auf die Palmen bringt.[22]

2. Haushaltsschaden

Eingebrannt in das Gedächtnis hat sich der Bericht über einen Substanziierungshinweis anlässlich einer Referentenaudienz am Handelsgericht Zürich vom 29. September 2005, wonach die geschädigte Person nicht nur zu behaupten habe, dass sie ohne Unfall Haushaltsarbeiten geleistet hätte, sondern auch darzulegen habe, «durch welche der geltend gemachten Beschwerden sie zu welchem Zeitpunkt bei welchen Haushaltsarbeiten in welchem Umfang eingeschränkt ist.»[23]

Damit werden die Erwartungen an die Fertigkeiten des Anwalts offensichtlich überspannt. Immerhin senkte das Bundesgericht in der Folge mit dem Urteil 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 die Anforderungen wieder etwas herab und stellte fest, dass konkrete Angaben, in welchen Tätigkeiten die geschädigte Person in welcher Weise beeinträchtigt ist, nicht erforderlich seien, weil dies «kaum praktikabel» wäre (E. 3.2).

Die Rechtsprechung verlangt konkrete Angaben zum Haushalt und den Aufgaben, die der Geschädigte darin ohne Unfall erledigt hätte. Zudem muss feststehen, dass der Geschädigte bei diesen Aufgaben tatsächlich unfallbedingt beeinträchtigt ist.[24] Der Schaden kann abstrakt basierend auf der SAKE eruiert werden, wenn im weiteren feststeht, dass der konkrete Haushalt in den Statistiken repräsentiert wird.[25] Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_430/2019 vom 9. Dezember 2019 nochmals klargestellt, dass ein Abweichen von der SAKE nicht zulässig ist, bspw. um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass jemand vor dem Unfall ein überdurchschnittliches Erwerbspensum ausübte. Denn ein Anpassen der SAKE an die konkreten Verhältnisse bedeute im Ergebnis eine Vermengung der normativen mit der tatsächlichen Bemessung des Haushaltsschadens (E. 2.5.).

21 SCHMID, Haftpflichtprozess, 198.

22 Vgl. dazu bspw. Beschluss des Obergerichts Zürich RB130002-O/U vom 21. März 2013, in welchem eine Klageantwort mit einem Umfang von 1500 Seiten als «weitschweifig» qualifiziert wurde und das Gericht die Beklagte anwies, die Rechtsschrift auf 500 Seiten zu kürzen.

23 PRIBNOW, Haushaltsschaden, 242.

24 Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.1.3.

25 BGE 129 III 135; Urteil des BGer 4C.166/2006 vom 25. August 2006.

Vorzeitiger Referenten

Diese Grundsätze soll das Bundesgericht nach Meinung von MORENO im Urteil 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 wieder relativiert haben. Im Urteil findet sich unter anderem die Bemerkung, wonach anhand der Behauptungen nicht überprüft werden konnte, ob aufgrund der konkreten Umstände ein Abweichen von den statistischen Werten gerechtfertigt wäre (E. 4.4.2.). MORENO vertritt die Auffassung, dass das Bundesgericht damit die Türen öffne für einen «Methodenmix» und zukünftig etwa bei «Einkaufsmöglichkeiten um die Ecke» oder bei fehlenden Gärten oder Haustieren oder «Wohnkonzepten mit integriertem Ökosystem» Korrekturen von der SAKE möglich sein sollen.[26] Eine solche Aufweichung der Statistik ist allerdings strikt abzulehnen. Denn in der Regel gleicht sich ein besonderes Engagement in einem Haushaltssegement durch ein grösseres «Laisser-faire» in anderen Segmenten aus, so dass der Gesamtaufwand im Grossen und Ganzen ähnlich bleibt.[27] Zumal unklar ist, ob das Bundesgericht diesen spezifischen Satz nur deswegen gemacht hat, weil auch die Beklagte sich auf die SAKE berief und von dieser Abstriche vornehmen wollte (E. 4.4.1.) oder sich diese Überlegung nur auf diejenige Periode mit der Haushaltskonstellation bezog, die sich in der SAKE nicht repräsentiert fand (Mutter lebt mit erwachsender Tochter zusammen). Auch aus Praktikabilitätsgründen ist ein Methodenmix abzulehnen, denn endlose Diskussionen in der Schadenregulierung wären vorprogrammiert.

Schön hat es das Obergericht des Kantons Zug in einem Urteil vom 8. Juli 2014 auf den Punkt gebracht: Die «Haarigkeit des Hundes» ist bei der SAKE nicht zu berücksichtigen.[28]

Je nach Art und Beschaffenheit des Gesundheitsschadens bleibt die Substanziierung des Haushaltsschadens eine Herausforderung. Denn auch 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 brachte insofern keine Abkehr vom Grundsatz, wonach die Einschränkungen im Haushalt «so konkret wie möglich zu bemessen» sind.[29] Haushaltskonstellationen, die nicht in der SAKE repräsentiert sind, wie etwa Mehrgenerationenhaushalte, stellen den Kläger und seine Rechtsvertretung auf die Probe.[30] Auch sieht sich der Geschädigte bei Männern mit Migrationshintergrund in der aussergerichtlichen Schadenregulierung nicht selten mit dem Einwand der Versicherung konfrontiert, diese würden ohnehin kaum etwas im Haushalt

Vorzeitiger Referenten

26 MORENO, 37.
27 PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, 32 f.
28 Urteil des OGer Zug Z1 2012 38 vom 8. Juli 2017.
29 Urteil des BGer 4A_481/2019 vom 27. Februar 2020 E. 4.5.3.
30 Urteil des BGer 4A_23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.

machen. Dem ist immerhin zu entgegnen, dass die SAKE einen Querschnitt der Bevölkerung erfasst, mit anderen Worten Schweizer wie Ausländer einbezogen sind.

3. Erwerbsschaden

Auch die Substanziierung des Erwerbsschadens erweist sich als «tricky». So reichte es bspw. nicht aus, nur auf die SKV Salärempfehlungen zu verweisen, wenn eine Validenkarriere in einem Reisebüro behauptet wurde.[31] Der Anwalt wird sich somit allenfalls auf mehrere Lohnstatistiken berufen müssen, um so seine Behauptungen untermauern zu können.[32] Immerhin darf der Kläger mehrere hypothetische Kausalverläufe behaupten, selbst wenn sich diese widersprechen und nicht angegeben wird, welche Variante wahrscheinlicher ist.[33]

Bei Selbständigerwerbenden ist die Sache noch schwieriger, zumal es kein klar definiertes methodisches Vorgehen für die Ermittlung des Valideneinkommens gibt.[34] Allerdings sind übertriebene Anforderungen an die Substanziierung des Unternehmensgewinns fehl am Platz.[35] Wertvolle Hinweise für die mutmassliche Entwicklung eines Betriebs liefern die in den Jahren vor dem schädigenden Ereignis erzielten Gewinne, wobei praxisgemäss auf die letzten fünf Jahre vor dem schädigenden Ereignis abgestellt wird.[36] Die Substanziierung des Erwerbsschadens bei Selbständigerwerbenden stellt somit eine «äusserst anspruchsvolle» Aufgabe dar, wobei der Beizug eines betriebswirtschaftlichen Gutachtens vorprozessual in vielen Fällen unabdingbar ist.[37]

4. Substanziierung mittels Privatgutachten?

Der vorsichtige Anwalt wird somit in Erwägung ziehen, den hohen und oftmals nicht vorhersehbaren Substanziierungsanforderungen mit einem Parteigutachten zu begegnen. Solche Gutachten gelten zwar nicht als Beweismittel nach Art. 168 ZPO, aber immerhin als «besonders substanziierte Parteibehauptung», weshalb der Prozess jedenfalls auch bei substanziiertem Bestreiten der Gegenpartei nicht

31 Urteil des BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.
32 Lohnstrukturerhebung (LSE), SGB-Lohnrechner, Salarium, Lohnempfehlungen der Berufsverbände.
33 Urteil des BGer 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.
34 FELLMANN/KOTTMANN, N 1608.
35 ZK-LANDOLT, Art. 46 OR N 743 mit weiteren Hinweisen.
36 FELLMANN/KOTTMANN, N 1611; Urteil des BGer 4A_334/2007 vom 12. Oktober 2007 E. 2.6.
37 FELLMANN/KOTTMANN, N 1611.

Vorexemplar Referenten

mehr ohne Gerichtsgutachten erledigt werden darf.[38] Zu beachten ist dabei, dass ein einfacher Verweis auf Beilagen prozessual untauglich ist, weshalb auch solche Privatexpertisen in der Rechtsschrift zu thematisieren sind.[39]

Die Auffassung, wonach selbst auf zwei Privatgutachten abgestützte Behauptungen ungenügend sind, korrigierte das Bundesgericht glücklicherweise kürzlich im Urteil 4A_412/2019 vom 27. April 2020. Es rief in Erinnerung, dass das Verfahrensrecht dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen habe und die Substanziierungsanforderungen nicht zu hoch angesetzt werden dürfen. Das Prozessrecht dürfe nicht zum Selbstzweck verkommen und v.a. nicht zu einer faktischen «übermässigen» Einschränkung der Durchsetzung des materiellen Rechts führen (E. 4.1.). Vom Kläger könne nicht verlangt werden, dass er vor Durchführung des Beweisverfahrens die entscheidrelevanten technischen Aspekte bis ins letzte Detail darlegt, würde dies andernfalls die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen verunmöglichen. Im vorliegenden Bauhaftpflichtfall stützte die Klägerin ihre Behauptungen bezüglich Kausalität und Schaden auf zwei Privatgutachten ab, die «meist als besonders substanziierte» Parteibehauptungen gelten (E. 7.4.2.1.).

Behauptungen auf Expertenstufe von den Prozessparteien zu verlangen, sollte die Ausnahme bleiben, da damit der Zugang zum Gericht faktisch beschränkt wird.

Zumal sich eine mittellose Partei eine Privatexpertise gar nicht leisten kann, da die unentgeltliche Rechtspflege solche vorprozessualen Auslagen nicht umfasst. Immerhin sei die Frage aufgeworfen, ob die Gerichte dieselben Substanziierungsanforderungen verlangen könnten, wenn die Partei nicht anwaltlich vertreten ist.

Eine Möglichkeit, unnötige Kosten zu vermeiden, besteht u.U. darin, die Substanziierung mittels Privatgutachten im Rahmen des ersten Schriftenwechsels für den Fall der Bestreitung durch die Gegenpartei anzukündigen, verbunden mit dem Antrag, die entsprechenden Kosten im Rahmen der Parteientschädigung zu berücksichtigen.[40] Allerdings werden solche Privatexperten durch Gerichte praxisgemäss eher zurückhaltend als notwendig erachtet.[41]

Vorexemplar Referenten

38 BGE 141 III 433 E. 2.

39 Urteil des BGer 4C_317/2017 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2.

40 SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 ZPO N 33 mit Hinweisen.

41 Urteil des OGer Zug Z1 2017 41 vom 9. Juli 2019 E. 17; vgl. auch die strenge Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht, bspw. Urteil des BGer 8C_483/2018 vom 11. Dezember 2018 E. 6.

5. Richterliche Fragepflicht

Wünschenswerter, effizienter und kostengünstiger wäre es allerdings, wenn die richterliche Fragepflicht weniger restriktiv, sprich öfter ausgeübt würde. Denn das Einholen eines Privatgutachtens nur zum Zwecke der Substanziierung stellt bei Lichte betrachtet einen formalistischen Leerlauf dar, weil das Gericht ohnehin nicht darauf abstellen wird, sondern i.d.R. ein gerichtliches Gutachten einzuholen hat.

Gemäss Art. 52 ZPO haben sich alle am Verfahren beteiligte Personen an den Grundsatz von Treu und Glauben zu halten. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO ist als Ausfluss dieses Grundsatzes zu verstehen.[42] Gemäss Art. 56 ZPO hat das Gericht einer Partei bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung zu geben. Die richterliche Fragepflicht hat in der Praxis bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine «sehr eingeschränkte» Bedeutung. Sie dient insbesondere nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen und soll eine Partei nicht unzulässigerweise bevorzugen.[43]

Die Handhabung der richterlichen Fragepflicht ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Konkret wird von FELLMANN moniert, dass im Ergebnis die anwaltlich vertretene Partei «bestraft» werde, da nicht jede ungenügende Substanziierung zu einer Anwaltshaftung führe. Ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht, sollte daher keine Rolle spielen.[44]

Oftmals wird den Parteien erst nach zweifachem Schriftenwechsel anlässlich einer Instruktions- und Vergleichsverhandlung gemäss Art. 226 ZPO eröffnet, dass nicht nur ein Beweis- sondern auch ein Substanziierungsproblem und damit ein (erhebliches) Prozessrisiko bestehe. Damit steigt der Druck auf die Parteien und ihre Anwälte, sich zu einem Vergleich durchzuringen. Denn aufgrund der Eventualmaxime ist es der (anwaltlich vertretenen) Partei sodann freilich nicht mehr möglich, die Substanziierungslücke zu schliessen, was wiederum im Falle eines negativen Urteils den Anwalt in Erklärungsnot bringen kann.

Der Vorgehensweise, erst nach einem zweifachen Schriftenwechsel und nach der Novenschranke anlässlich einer Instruktions- und Vergleichsverhandlung die

42 PRIBNOW/GOGNIAT, 110.
43 BGE 142 III 102.
44 FELLMANN, Fragepflicht, 90 f.; zustimmend BÜHLER, 85.

Vorexemplar Referenten

Parteien auf nicht gänzlich geschlossene Lücken in der Substanziierung hinzuweisen, haftet etwas Willkürliches an.[45]

Das Bundesgericht geht zudem davon aus, dass ein Substanziierungshinweis der Gegenpartei bei anwaltlich vertretenen Parteien das Gericht davon entbindet, selber im Rahmen von Art. 56 ZPO einzuschreiten.[46] Dies ist insofern zu überdenken, als dass solche Hinweise von der gegnerischen Partei meist aus anderen Motiven erfolgen und i.d.R. in einem Prozess ohnehin praktisch jeder Punkt bestritten wird.[47] FELLMANN weist zu Recht darauf hin, dass es bezüglich des in Art. 56 ZPO beschrieben Kriteriums der Offensichtlichkeit weniger auf die Erkennbarkeit ankommt, sondern vielmehr die Folgen der Unvollständigkeit entscheidend sind.[48] Auch für die anwaltlich vertretene Partei ist es bei komplexen Sachverhalten oftmals nicht vorhersehbar, welche Elemente eines bereits beschriebenen Sachverhalts allenfalls für das Gericht unvollständig sein könnten. Es ist denn auch nicht einsehbar, weshalb die Fragepflicht nur bei «offensichtlicher Unvollständigkeit» zum Tragen kommen soll, hingegen bei schwer erkenn- und vorhersehbaren, «spitzfinden» Lücken nicht. Je mehr sich eine Partei bemüht, dem Gericht den Sachverhalt darzulegen, umso weniger sollte nach Treu und Glauben eine gerichtliche Durchsetzung aufgrund mangelnder Substanziierung scheitern.[49] Eine Abweisung oder Gutheissung wegen einem fehlenden Hinweis des Gerichts auf die Substanziierung ist daher grundsätzlich als unverhältnismässig anzusehen.[50] Auch die beklagte Partei ist in der Regel an einer materiellen Beurteilung der Sache interessiert. Rein formelle Prozesserledigungen dürften zudem auf wenig Verständnis bei Rechtssuchenden stossen.

a) BGE 142 III 102: Ein Beispiel für eine harte Praxis bei der richterlichen Fragepflicht

In BGE 142 III 102 ging es um die Frage, ob die Streitverkündigungsklage nach Art. 81 Abs. 1 ZPO beziffert werden muss oder nicht. Die Streitverkündungsklägerin bezifferte die Streitverkündungsklage nicht, weshalb das vorinstanzliche Gericht nicht auf die Klage eintrat. Das Bundesgericht zitiert in E. 4 die sich widersprechenden Lehrmeinungen, wobei es sieben Autoren nennt, die sich gegen die Bezifferung aussprechen und drei, welche für eine Bezifferungspflicht

45 SCHWANDER, 134.
46 Urteil des BGer 4A_628/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 4.2.
47 SCHWANDER, 134.
48 FELLMANN, Fragepflicht, 83.
49 OBERHAMMER, Art. 56 ZPO N 5; zustimmend FELLMANN/KOTTMANN, N 1472.
50 SARBACH, 193; zustimmend FELLMANN, Fragepflicht, 86.

Vorexemplar Referenten

argumentieren. Es kommt in der Folge zum Ergebnis, dass die Streitverkündungsklage zu beziffern ist. Es führt aus, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur und nachdem das Bundesgericht sich zu dieser Frage noch nicht geäussert hatte, hätte bewusst sein müssen, dass die Vorinstanz allenfalls ein beziffertes Rechtsbegehren verlangen werde. In dieser Situation hätte ein Nachfragen des Gerichts im Sinne einer Aufforderung zur Bezifferung eine einseitige Bevorzugung der Beschwerdeführerin dargestellt (E. 7.1.).

Kommentar: Der prozessierende Anwalt kann sich nicht einmal auf die klar überwiegenden Lehrmeinungen verlassen. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte in so einer Konstellation ein Hinweis des Gerichts erfolgen müssen, nachdem diese zivilprozessuale Frage höchstrichterlich nicht entschieden war.

Es ist zu begrüssen, dass die Bezifferungspflicht gemäss Art. 82 Abs. 1 revZPO in der Revision entfallen soll, wenn die gleichen Leistungen betroffen sind, zu der die streitverkündende Partei im Hauptverfahren verpflichtet wird.[51]

b) Richterliche Fragepflicht in Deutschland

In Deutschland statuiert § 139 ZPO eine umfassende Aufklärungs- und Hinweispflicht:

- (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. Das Gericht kann durch Massnahmen der Prozessleitung das Verfahren strukturieren und den Streitstoff abschichten.
- (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äusserung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

[51] Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2715.

Vorläufiger Referenten

- (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.
- (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.
- (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

§ 139 ZPO liest sich wie aus einer anderen Welt. Auch wenn in Deutschland ein Anwaltszwang für Zivilprozesse gilt (§ 78 ZPO), ist nicht einsehbar, weshalb in der Schweiz die prozessierende Partei ein Prozessrisiko für schwer erkennbare Lücken tragen soll, welches nur deswegen besteht, weil sie anwaltlich vertreten ist.

Im Übrigen entbinden in Deutschland Substanziierungshinweise der Gegenpartei das Gericht auch nur insofern, als aus dem Prozessverhalten der anderen Partei hervorgeht, dass sie den Hinweis zur Kenntnis genommen und auch richtig verstanden hat.[52]

c) Fazit

Eine Neuregelung der richterlichen Fragepflicht und der Ausgestaltung der Prozessleitung in der Schweiz nach deutschem Vorbild wäre aus Sicht der Rechtssuchenden wünschenswert. SCHWANDER weist zu Recht darauf hin, dass auch einem guten Anwalt einmal ein Fehler passieren könne und es daher nicht angehe, den prozessierenden Laien gegenüber der anwaltlich vertretenen Partei zu privilegieren. «Sonst prozessiert letztlich, wer es sich leisten kann, vordergründig als Laie, aber mit einem Berater im Hintergrund.»[53] Diese Überlegung zeigt letztlich, dass allein die Tatsache einer anwaltlichen Vertretung zum eigenständigen Prozessrisiko wird, was absurd ist.[54]

Vorexemplar Referenten

52 Urteile des BGH IX ZR 207/05 vom 20. Dezember 2007; VIII ZR 72/06 vom 22. November 2006, Rn. 19 und IX ZB 81/16 vom 14. September 2017, Rn. 11.

53 SCHWANDER, 134.

54 Was auf die Spitze getrieben die Frage aufwirft, ob der Anwalt seinen Mandanten darüber aufzuklären hat und ihm als Alternative ein «Ghostwriting» vorschlagen muss.

C. Vorsorgliche Beweisführung

1. Übersicht

In das Institut der vorsorglichen Beweisführung setzten Geschädigtenvertreter grosse Hoffnungen, insbesondere in die Möglichkeit, mittels vorsorglichem Gutachten die Prozesschancen abklären zu lassen (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO).[55] Gemäss der Botschaft des Bundesrates sollten damit auch «aussichtslose Prozesse» vermieden werden.[56] Das Bundesgericht geht davon aus, dass mit der vorsorglichen Beweisführung nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht werden soll, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen stattzufinden hat.

Eine solche Abschätzung kann bei Vorliegen von Fachfragen in der Regel nur mittels Gutachten vorgenommen werden. Leider hat das Bundesgericht den Zugang zur vorsorglichen Beweisführung zwecks Abklärung der Prozesschancen in den folgenden Jahren immer weiter eingeschränkt.

2. Anspruch bei Vorliegen eines «Fremdgutachtens»?

So besteht kein Anspruch auf die Einholung eines Gutachtens, wenn bereits ein Gutachten aus einem anderen Verfahren vorliegt. Solche Gutachten können auch in einem Zivilprozess nach Art. 183 ff. ZPO als gerichtliche Gutachten berücksichtigt werden.[57] Auf der anderen Seite sind versicherungsinterne Berichte oder gar Parteigutachten regelmässig nicht geeignet, die Prozessaussichten abzuschätzen, da sie zivilprozessual lediglich als Parteibehauptung und nicht als Beweismittel gelten.[58]

3. Vorliegen eines IV-Gutachtens?

Soweit ersichtlich offen ist die Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse an der Einholung eines Gutachtens nach Art. 158 ZPO besteht, wenn zwar ein sozialversicherungsrechtliches Gutachten vorliegt, dieses aber keine Fragen zur Kausalität beantwortet, weil es von einer IV-Stelle eingeholt wurde. Nach der hier vertretenen Ansicht muss in so einem Fall das schutzwürdige Interesse bejaht werden. Denn das IV-Gutachten ist nur bedingt geeignet, haftpflichtrechtliche Fragen zu

55 DOMEJ, 69 ff.
56 Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7315.
57 BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3.
58 BGE 140 III 24 E. 3.3.3.; 141 III 433 E. 2.

Vorexemplar Referenten

beantworten. Zudem ist zu berücksichtigen, dass in einem IV-Gutachten regelmässig eine spezifische versicherungsmedizinische Rechtsprechung zur Anwendung gelangt, so werden insbesondere psychosoziale Faktoren bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit ausgeblendet. Im Haftpflichtrecht gilt hingegen ein bio-psychosoziales Krankheitsmodell und psychosoziale Faktoren sind oft mittelbare Unfallursachen, weshalb sie nicht ausgeblendet werden dürfen.[59]

Wie das Obergericht des Kantons Zürich in einem ordentlichen Haftpflichtprozess am 30. November 2017 festgestellt hat, beantworten IV-Gutachten regelmässig Kausalitätsfragen nicht. Es sei diesbezüglich nicht relevant, dass auch ein Teil der gesunden Bevölkerung die bei der Klägerin festgestellten Rotationswerte der HWS aufweise. Daraus könne nicht auf fehlende Unfallkausalität geschlossen werden (S. 29). Darüber hinaus erfolgten die Beurteilungen in der IV stets unter dem Aspekt einer ausgewiesenen Pathologie (E. 9.2). Im Haftpflichtrecht sei es hingegen nicht relevant, ob die gesundheitlichen Beschwerden im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung invalidisierend sind und ob ihnen in der Fachmedizin ein anerkannter Krankheitswert zugemessen werde (S. 31). Das Obergericht hiess daher die Berufung gut und kam zum Ergebnis, dass auf das vom Sozialversicherungsgericht eingeholte MEDAS Gutachten nicht abgestellt werden könne.[60]

Zumindest bei der mittlerweile abgeschafften Überwindbarkeitspraxis hat sich bei mehreren Gerichten die Erkenntnis durchgesetzt, dass IV-Gutachten und die dort geltende versicherungsmedizinische Rechtsprechung nicht in das Haftpflichtrecht übernommen werden können.[61] Das Bundesgericht hat sich in einem Urteil mit den Indikatoren nach BGE 141 V 281 und deren Relevanz für das Haftpflichtrecht auseinandergesetzt.[62] Obwohl das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eintrat, weil es eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verneinte, finden sich interessante Überlegungen in dem Entscheid. So sei es fraglich, ob die Indikatoren für die Frage der Kausalität überhaupt bedeutsam sind. Die Indikatoren seien nicht unmittelbar vom herrschenden medizinisch-empirischen Kenntnisstand abhängig. Ein Gutachten [Anmerkung: im Haftpflichtrecht] werde aber in der Regel eingeholt, damit dem Urteil der aktuelle, wissenschaftlich anerkannte medizinisch-empirische Kenntnisstand zugrunde gelegt werden könne (E. 1.2.2.). Es sei zudem

59 DEECKE, 393 ff.; DEECKE/KURMANN, 387 ff.

60 Urteil des OG Zürich LB170028-O/U vom 30. November 2017.

61 Urteil des OG Bern ZK 12 22 vom 31.Januar 2013; Vorentscheid des Kantonsgerichts Zug A2 2010 26 vom 1. Juni 2013; Vorentscheid des Kantonsgerichts Zug A2 2010 4 vom 3. März 2014, Urteil des Bezirksgerichts Schwyz BZ 09 34 vom 28. Juni 2012; vgl. auch HUSMANN/RIESEN, 61 mit Hinweisen.

62 Urteil des BGer 4A_707/2016 vom 29. Mai 2017.

Vorzeitiger Referenzen

fraglich, ob die Anwendung der Indikatoren, soweit ihnen haftpflichtrechtlich für die Beurteilung der Kausalität überhaupt eine Bedeutung zukommen könne, als Rechtsfrage zu prüfen wäre, weil die Anwendung nicht losgelöst von der konkreten Beweiswürdigung erfolge (E. 1.2.3.). Auch wenn das Bundesgericht die Frage letztlich offen liess und auf die Beschwerde nicht eintrat, spricht aus der Entscheidungsbegründung vieles dafür, dass die Indikatoren jedenfalls für die Beurteilung der Kausalität für das Haftpflichtrecht nicht tauglich sind.

4. Substanziierung der anspruchsrelevanten Tatsachen

Weiter müssen die anspruchsbegründenden Tatsachen in einem 158er-Gesuch substanziiert behauptet werden, insbesondere das Vorliegen eines materiellrechtlichen Anspruchs, welcher mit dem beantragten Beweismittel bewiesen werden soll.[63] Die Praxis der Kantone, wie detailliert zu substanziieren ist, war zumindest anfänglich sehr unterschiedlich.[64] Der prozessierende Anwalt wird auch hier alles daran setzen, nicht in die Substanziierungsfalle zu laufen und daher den Sachverhalt und den materiellrechtlichen Anspruch auch im Rahmen eines 158er-Verfahrens nach den Regeln der Kunst darlegen, wobei freilich keine Tatsachenbehauptungen verlangt werden dürfen, die gerade durch das beantragte Beweismittel bewiesen werden sollen.[65]

5. Keine unentgeltliche Rechtspflege im 158er Verfahren

Das Bundesgericht hat weiter erkannt, dass in einem Verfahren nach Art. 158 ZPO kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht. Das Bundesgericht geht davon aus, dass Art. 6 EMRK auf vorsorgliche Massnahmen nicht anwendbar ist und auch Art. 29a BV einen kostenlosen Zugang zum Verfahren nach Art. 158 ZPO nicht gewähre.[66] Diese Rechtsprechung stiess einhellig auf Ablehnung.[67] Die vorsorgliche Beweisführung soll dazu dienen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden. Für aussichtslose Prozesse gibt es aber keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, womit ein Widerspruch vorliegt. Es ist zu begrüssen, dass der Bundesrat und der Gesetzgeber das Recht auf die unentgeltliche Rechtspflege auch in

63 BGE 140 III 16 E. 2.2.2.
64 DOMEJ, 75.
65 Urteil des BGer 4A_322/2012 vom 21. Februar 2013 E. 2.
66 BGE 141 I 241.
67 Siehe etwa SUMMERMATTER, 209; WUFFLI, 145; SCHUMACHER BENJAMIN, 36 ff.; BÜHLER, 85 ff., 104 ff.; DOMEJ, 94 f.

Vorexemplar Referenten

Verfahren nach Art. 158 ZPO im Rahmen der anstehenden ZPO Revision gesetzlich normieren möchten.[68]

6. Anspruch auf Parteientschädigung

Auf der anderen Seite entschied das höchste Gericht, dass der gesuchgegnerischen Partei im 158-Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, und zwar unabhängig davon, ob sie die Abweisung oder Gutheissung des Gesuchs verlangt. Wird später vom Gesuchsteller ein Hauptprozess eingeleitet, können die Kosten auf Antrag neu verteilt werden.[69] Die Parteientschädigung kann sehr hoch ausfallen und betrug in einem Fall im Kanton Baselland Fr. 16'923.60.[70] Bedenkt man, dass die Kosten für gerichtliche Gutachten in Zivilverfahren ein Mehrfaches im Vergleich zu IV-Gutachten kosten – Kosten von mehr als Fr. 30'000 für polydisziplinäre Gutachten sind keine Seltenheit – wird ohne weiteres ersichtlich, dass das Kostenrisiko für den Gesuchsteller sehr hoch ist.

7. Ausblick und Fazit

Im Vorentwurf zur ZPO Revision sollen neu private Gutachten (=Parteigutachten) den Stellenwert von Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO erhalten (vgl. Art. 177 nZPO).[71] Unter derzeitiger Rechtslage haben solche Gutachten lediglich den Stellenwert einer (substanziierten) Parteibehauptung.[72]

Ob und inwiefern mit solchen Privatgutachten die Prozesschancen eingeschätzt werden können und sich damit eine Änderung der Rechtsprechung zum schutzwürdigen Interesse ergeben wird, ist zu bezweifeln. Nachdem regelmässig die von den Parteien eingeholten Gutachten von der Gegenseite in Frage gestellt und kritisiert werden, damit gerade den Anstoss des Streits bilden, ist nach der hier vertretenen Auffassung an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, wonach i.d.R. ein gerichtliches Gutachten erforderlich ist, um die Prozesschancen abschätzen zu können. Auch im Sozialversicherungsverfahren gelten Privatgutachten zwar als Beweismittel, auf diese kann aber bei Vorliegen von geringen Zweifeln nicht

68 Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2745.

69 BGE 140 III 30 E. 3.5 f.; bestätigt in Urteil des BGer 4A_334/2015 vom 22. September 2015.

70 Urteil des BGer 4A_429/2013 vom 11. Februar 2014.

71 Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2751.

72 BGE 141 III 433 E. 2.

Vorexemplar Referenten

abgestellt werden.[73] Es wäre daher verfehlt, solche Privatgutachten zivilprozessual auf eine höhere Stufe zu stellen als im Sozialversicherungsverfahren.

Zurzeit steht die vorsorgliche Beweisführung nicht für die mittellose Partei zur Verfügung.[74] Es ist zu begrüssen, dass der Gesetzgeber einschreiten und die unentgeltliche Prozessführung im Rahmen der ZPO-Revision vorschreiben wird. Aufgrund der nachfolgend aufgezeigten Risiken bei der Teilklage hat die vorsorgliche Beweisführung allerdings wieder an Bedeutung gewonnen.

D. Teilklage / neg. Feststellungswiderklage

1. Überblick

Die Teilklage nach Art. 86 ZPO schien zumindest initial das richtige Instrument zu sein, den horrenden Prozesskosten, die eine Vollklage oder auch ein 158er Verfahren auslösen kann, zu begegnen. Ursprünglich war die Teilklage explizit als Möglichkeit vorgesehen, die Prozesskosten für die klagende Partei zu reduzieren oder zur Beschleunigung des Verfahrens nur den liquiden Teil des Anspruchs geltend zu machen.[75] Die Widerklage nach Art. 224 ZPO sollte nach dem Verständnis des Bundesrates nur zulässig sein, wenn die gleiche Prozessart wie für die Hauptklage anwendbar ist. Gegen eine in einem vereinfachten Verfahren anhängig gemachte Hauptklage sollte keine Widerklage möglich sein, die ins ordentliche Verfahren gehört.[76] Bekanntlich hat das Bundesgericht in BGE 143 III 506 allerdings (contra legem) entschieden, dass eine sog. negative Feststellungswiderklage auch als Reaktion auf eine echte Teilklage möglich sein soll. In BGE 145 III 299 doppelte es sodann nach und liess eine neg. Feststellungswiderklage auch bei unechten Teilklagen zu. Über die Teilklage und die Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage fand eine geradezu epische Diskussion in der Lehre statt, die wohl noch nicht beendet ist.[77]

Vorexemplar Referenten

73 BGE 135 V 465.
74 DOMEJ, 65 ff.
75 Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7228.
76 Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7339.
77 Auswahl: MEIER/WIGET, 89 ff.; WYSS, 77 ff.; BERTI, 39 ff.; OTZ/KLETT, 235 ff.; HUNZIKER-BLUM, 199 ff.; WAGNER/SCHMID/SANTSCHI, 322 ff.; SUMMERMATTER/SIDIROPOULOS, 221 ff.; WAGNER/SCHMID, HAVE 2015, 218 ff.; WAGNER/SCHMID, HAVE 2018, 175 ff.; BOOG.

2. Schutzwürdiges Interesse?

Das Bundesgericht hat in einem aktuellen zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A_529/2020 vom 22. Dezember 2020 die neg. Feststellungswiderklage auch bei einer unechten Teilklage zugelassen, wobei diese von einer (finanzstarken) Haftpflichtversicherung gegen die geschädigte Partei eingereicht wurde. Es gäbe keinen Grund, auf das in BGE 145 III 299 Gesagte zurückzukommen und eine Unterscheidung zwischen einer echten und einer unechten Teilklage vorzunehmen (E. 2.2.). Immerhin lässt das Bundesgericht durchblicken, dass die Frage des schutzwürdigen Interesses allenfalls gesondert zu prüfen wäre, was in casu aber nicht erfolgte, weil dieses in den vorinstanzlichen Verfahren nicht thematisiert wurde (E. 2.2).

In der Lehre wird das schutzwürdige Feststellungsinteresse bei wirtschaftlich potenten Versicherungsgesellschaften teilweise in Abrede gestellt.[78] Denn diese würden selbst bei möglicherweise beträchtlichen Forderungen nicht in ihrer wirtschaftlichen Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Zudem gehöre es zum Kern des Versicherungsgeschäfts, ungewisse und unsichere bestehende oder zukünftige Forderungen einzuschätzen.[79] Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung sei auch bei der negativen Feststellungswiderklage anwendbar, was insbesondere in einem Haftpflichtprozess gelte, bei dem eine geschädigte Person beteiligt sei.[80] Die klagende Partei hat zudem ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines vereinfachten Verfahrens (Art. 247 ZPO) und allenfalls kostenlosen Verfahrens (Art. 114 lit. c ZPO).

SUMMERMATTER/SIDIROPOULOS weisen zu Recht darauf hin, dass die Zulassung der negativen Feststellungswiderklage den beweispflichtigen Geschädigten in erhebliche Beweisnot bringt, was insbesondere stossend ist, wenn sich die gesundheitliche Situation nach Erledigung der Teilklage/neg. Feststellungswiderklage verschlechtert.[81] Zu Recht weisen sie mit Hinweis auf die Literatur und Rechtsprechung darauf hin, dass auch die Interessen der widerbeklagten Partei zu berücksichtigen sind. Der Beklagte soll nicht in einen vorzeitigen Prozess gedrängt werden, auf welchen er nicht vorbereitet ist. Zudem sei auch das Interesse des Teilklägers, die Kosten niedrig zu halten und im Falle des Unterliegens nicht vor

78 A.M. bspw. WYSS, 77 ff.
79 HÜGEL, 416.
80 HUNZIKER-BLUM, 399.
81 SUMMERMATTER/SIDIROPOULOS, 224.

Vorexemplar Referenten

dem finanziellen Ruin zu stehen, gegenüber dem Feststellungsinteresse – zumindest, wenn er einer finanzkräftigen Versicherungsgesellschaft gegenübersteht – höher zu gewichten.[82]

3. Revision

Der Bundesrat möchte in seinem Vorentwurf zur ZPO-Revision die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gesetz werden lassen und die Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage in den revidierten Art. 224 Abs. 1bis lit. b ZPO festschreiben. Immerhin ist auffällig, dass in der Botschaft explizit hauptklageweise von einer «echten Teilklage» die Rede ist und das Urteil BGE 145 III 299 nicht erwähnt wird.[83] Art. 224 Abs. 1bis revZPO lautet wie folgt:

> «1bis Die Widerklage ist auch zulässig und zusammen mit der Hauptklage im ordentlichen Verfahren zu beurteilen, wenn:
>
> a. der geltend gemachte Anspruch lediglich aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren, die Hauptklage aber im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist; oder
>
> b. mit der Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses geklagt wird, nachdem mit der Hauptklage nur ein Teil eines Anspruchs aus diesem Recht oder Rechtsverhältnis eingeklagt wurde und dafür lediglich aufgrund des Streitwerts das vereinfachte Verfahren Anwendung findet.»

Aus dem Wortlaut ergibt sich nicht, dass die negative Feststellungswiderklage von der Art der eingereichten Teilklage abhängig ist. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage explizit nur bei der echten Teilklage zulassen würde, andernfalls das Institut des vereinfachten (und bspw. in arbeitsrechtlichen Prozessen kostenlosen) Verfahrens nach Art. 248 ff. ZPO zu Makulatur wird.[84]

4. Der Anwalt im «Aufklärungs-Dilemma»

Die geschädigte Person und ihren Rechtsvertreter stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor ein unlösbares Dilemma. Denn der prozessierende Anwalt hat

82 SUMMERMATTER/SIDIROPOULOS, 225.

83 Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020 2760.

84 Vgl. dazu auch WAGNER/SCHMID, HAVE 2018, 175 ff.

Vorexemplar Referenten

seinen Mandanten nicht nur über das Kostenrisiko der Teilklage, sondern auch über die Risiken der allenfalls kommenden negativen Feststellungswiderklage aufzuklären (Kosten, Beweisschwierigkeiten, materielle Rechtskraft, usw.). Die dem Klienten zuvor erläuterten Vorteile der Teilklage müssen somit im nächsten Atemzug der Mandatsaufklärung gleich wieder beerdigt werden. Da der Entscheid, ob eine negative Feststellungswiderklage eingereicht wird oder nicht, allein bei der (in der Regel) eingeklagten Versicherung liegt, kann er seinen Mandanten nicht über die Wahrscheinlichkeit einer solchen negativen Feststellungswiderklage aufklären. Unter solchen Voraussetzungen werden die meisten Geschädigten ohne Rechtsschutzversicherung abgeschreckt. Angesichts der immanenten Risiken einer negative Feststellungswiderklage hat die Teilklage an Attraktivität eingebüsst. Sie ist allerdings in vielen Fällen alternativlos, weil oft eine Vollklage nicht in Frage kommt, sei es, weil der Schaden noch nicht liquid ist, das Kostenrisiko zu hoch ist oder ein materieller Entscheid des Richters unumgänglich erscheint (bspw. Frage der Haftung) und andererseits das Verfahren nach Art. 158 ZPO für mittellose Geschädigte oder aufgrund der Tatsache, dass bereits Gutachten vorliegen, nicht in Frage kommt. Kommt hinzu, dass in der Lehre teilweise die Meinung vertreten wird, dass bei unklarer Kausalität keine unentgeltliche Prozessführung für eine Vollklage bewilligt werden sollte.[85] Viele Rechtsschutzversicherungen drängen zudem aufgrund der Schadenminderungspflicht darauf, nur noch Teilklagen zu finanzieren.[86]

5. Wenn Teilklage dann unechte Teilklage

Bei der echten Teilklage trägt der Kläger im Falle mangelhafter Substanziierung das Risiko, dass mehrere Schadenspositionen abgewiesen werden, obwohl nur ein Teil eingeklagt wurde.[87] Wird nach einem haftpflichtigen Ereignis Schadenersatz und Genugtuung eingeklagt, sei es im Rahmen einer (echten) Teilklage, liegt jeweils nur ein Streitgegenstand vor. Dass der Kläger im Rahmen des Nachweises des Schadens weitere Tatsachenelemente behaupten muss, um seine Klage zu substanziieren, er mitunter den Sachverhalt erweitern muss, führt nicht dazu, dass seine Forderungen aus einem anderen Lebenssachverhalt als dem Unfallereignis gründen würde, als auf die erlittene Körperverletzung.[88]

Vorexemplar Referenten

85 SUMMERMATTER, 209; a.M. PRIBNOW, Rechtspflege, 391.
86 WAGNER/SCHMID/SANTSCHI, 328.
87 BGE 143 III 254 E. 3.6.
88 BGE 143 III 254 E. 3.7.

Mittlerweile hat das Bundesgericht im zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A_449/2020 vom 23.3.2021 auch die Frage nach der materiellen Rechtskraftwirkung einer abgewiesenen echten Teilklage beantwortet. Eine solche Teilklage darf laut Bundesgericht nur abgewiesen werden, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass der klagenden Partei überhaupt keine Forderung zusteht. Das Gericht hat mit anderen Worten die Gesamtforderung zu prüfen, womit eine nochmalige gerichtliche Beurteilung im Rahmen einer zweiten Teilklage gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, welcher in Art. 59 Abs. 2 lit e ZPO zum Ausdruck kommt, verstossen würde (E. 6.4.2.).

Auch wenn das Risiko einer negativen Feststellungswiderklage aufgrund der aktuellen Rechtsprechung sowohl bei der echten als auch bei der unechten Teilklage droht, wird der vorsichtig agierende Prozessanwalt in der Regel zur unechten Teilklage greifen, um das Risiko der materiellen Rechtskraft «über das Ganze» zu umgehen.

6. Zwischenlösungen

a) Vereinfachung des Prozesses

Dem Gericht obliegt die Prozessleitung (Art. 124 ZPO). Das Gericht kann zur Vereinfachung des Prozesses das Verfahren auf einzelne Fragen oder einzelne Rechtsbegehren beschränken (Art. 125 lit. a ZPO), eine Widerklage vom Hauptverfahren trennen (Art. 125 lit. d ZPO) oder die Widerklage sistieren, bis über die Hauptklage entschieden ist (Art. 126 ZPO). Nachdem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Teilklage für den Geschädigten ein unkalkulierbares Risiko bedeutet, obliegt es in der Verantwortung des Gerichts, den Aufwand bei Vorliegen einer negativen Feststellungswiderklage zu minimieren. Es wird daher regelmässig das Verfahren beschränken, bspw. auf die Frage der Haftung oder aber auf die Frage, ob und in welchem Ausmass unfallkausale Folgen vorliegen. Eine solche Vorgehensweise ermöglicht es, nach Vorliegen eines Teilurteils oder eines gerichtlichen Gutachtens eine Vergleichslösung über den Gesamtschaden zu finden oder, falls dies scheitert, dem Kläger Gelegenheit zwecks Substanziierung seiner weiteren Ansprüche zu geben.

b) Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen

Eine Möglichkeit, der negativen Feststellungswiderklage den Schrecken zumindest teilweise zu nehmen – das Instrument sollte nicht als Einschüchterungsmittel gebraucht werden – könnte auch darin liegen, die Verteilung der Prozesskosten

Vorabdruck Referenten

nach Art. 107 ZPO anders zu regeln. Das Gericht könnte so in Haftpflichtfällen dem regelmässig vorliegenden wirtschaftlichen Ungleichgewicht der Parteien im Rahmen von Art. 107 lit. f ZPO Rechnung tragen.[89]

III. Verfahren vor Bundesgericht

A. Sinkende Erfolgsquoten

SCHWEIZER konnte in einer beachtenswerten Publikation im Jahr 2016 aufzeigen, dass sich die Verfahrensdauer beim Bundesgericht trotz steigender Geschäftslast nicht geändert habe, was darauf hindeute, dass sich die Art der Erledigung verändert haben müsse. Die Erfolgswahrscheinlichkeit der zivilrechtlichen Berufungen und Nichtigkeitsbeschwerden hat von 1965 bis 2006 um rund einen Drittel von 18% auf 13% abgenommen. Die Gutheissungsquote der Einheitsbeschwerde in Zivilsachen unter dem Bundesgerichtsgesetz liegt bei 13%, was der durchschnittlichen Gutheissungsquote in den letzten acht Jahren vor Inkrafttreten des BGG entspreche.[90]

Stark zugenommen haben die Erledigungen durch Nichteintreten von rund 14% im Jahr 1965 auf rund 22% im Jahr 2006. In den acht Jahren vor Inkrafttreten des BGG wurde auf rund 29% der zivilrechtlichen Berufungen, Nichtigkeitsbeschwerden und staatsrechtlichen Beschwerden nicht eingetreten. In den acht Jahren nach Inkrafttreten stieg die Zahl der Nichteintretensentscheide auf 44%.[91]

Eine qualitative Analyse bundesgerichtlicher Urteile zeige laut SCHWEIZER, dass unter dem BGG mehr Zeilen für Eintretensfragen aufgewendet werden und sich das Bundesgericht sieben Mal häufiger mit dem Rügeprinzip befasse. Ein Teil der Gerichtsschreiber am Bundesgericht glaube, dass sich das Bundesgericht verstärkt mit formellen Fehlern und weniger mit der Durchsetzung des materiellen Rechts beschäftigen müsse. Es scheine, so SCHWEIZER, dass das Bundesgericht, nachdem

Vorexemplar Referenten

89 In der Lehre wird das Beispiel eines Kleinaktionärs genannt, der gegen eine Aktiengesellschaft vorgeht GASSER/RICKLI, 97; vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts Luzern 1B 13 47 vom 7. Mai 2014, LGVE 2014 I Nummer 5; vgl. zu den Gebühren der Teilklage auch Urteil des BGer 2C_110/2008 vom 3. April 2009 E. 8.3.

90 SCHWEIZER, Geschäftslast, 16.

91 SCHWEIZER, Geschäftslast, 16 f.

sich die Hoffnungen auf eine Reduktion der Geschäftslast nicht erfüllt haben, die formellen Anforderungen an die Beschwerdeschriften und insbesondere das Rügeprinzip zunehmend strenger handhabe.[92]

B. Einstimmigkeit am Bundesgericht?

Gemäss dem Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2019 beurteilte das Bundesgericht im Jahr 2019 7937 Fälle. Davon wurden 2733 resp. 34.4% einzelrichterlich, 65% oder 5158 Fälle auf dem Zirkulationsweg und 0.6% oder 46 Fälle an einer öffentlichen Sitzung erledigt.[93] Eine öffentliche Urteilsberatung wird nur durchgeführt, wenn der Abteilungspräsident oder die Abteilungspräsidentin dies anordnet oder ein Richter dies verlangt oder sich keine Einstimmigkeit ergibt (Art. 58 BGG). Da eine öffentliche Urteilsberatung mit viel personellem, zeitlichem und finanziellem Aufwand verbunden ist, ist anzunehmen, dass eine solche eher selten auf Antrag eines Richters einberufen wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine öffentliche Sitzung nur stattfindet, wenn keine Einstimmigkeit vorliegt. Mit anderen Worten waren 2019 nur 0.6% der Fälle unter den Bundesrichterinnen und Bundesrichtern umstritten. Selbst wenn man die einzelrichterlichen Fälle aussondert, beträgt der Anteil der umstrittenen Fälle immer noch weniger als 1%. Schaut man sich nur die zivilrechtlichen Beschwerden inkl. SchKG-Beschwerden an, dann wurden 1689 Fälle erledigt, von denen in 13 Fällen Sitzungen stattfanden. Auch in zivilrechtlichen Streitigkeiten waren weniger als 0.8% der Fälle umstritten.[94]

C. «Dissenting opinion»

Natürlich herrschte nicht wirklich in 99% der Fälle Einstimmigkeit. Eher ist davon auszugehen, dass eine Richterin oder ein Richter mit einer abweichenden Meinung nur bei zentralen Fragen seine Stimme erheben wird. Der Gerichtsbetrieb könnte gar nicht aufrechterhalten werden, wenn bei jeder Differenz eine öffentliche Urteilsberatung stattfinden müsste, die kostspielig und zeitaufwendig ist. Aus Gründen der Rechtsfortentwicklung, der Transparenz, der besseren Akzeptanz von Urteilen sowie der Stärkung der Unabhängigkeit der Bundesrichter wäre eine Änderung des BGG, welche die Aufnahme einer «Dissenting opinion» erlaubt,

92 SCHWEIZER, Geschäftslast, 17.
93 Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2019, 23.
94 Ibid.

Vorzugsplan Kategorien

jedoch nicht zwingend vorschreibt, wünschenswert.[95] Als Ausgleich könnte auf die obligatorische öffentliche Sitzung bei Nichteinigkeit verzichtet werden und eine solche nur noch auf Antrag eines Richters erfolgen. Angesichts der Kontroverse um Mandatssteuern und in der Vergangenheit immer wieder vorgekommenen Druckversuchen der politischen Parteien auf ihre Richter sollte jedoch auch gleichzeitig die richterliche Unabhängigkeit gestärkt werden.[96] Die Bedenken gegen die «Dissenting opinion» mit Hinweis auf die gefährdete richterliche Unabhängigkeit können durchaus als Indiz gewertet werden, dass letztere auf fragilen Beinen steht und immer wieder verteidigt und gestärkt werden muss.

D. Prozesschancen- und Risiken kaum abschätzbar

Das Bundesgericht beurteilt Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung und sonstige Fälle auf Antrag eines Richters in Fünferbesetzung (Art. 20 Abs. 2 BGG). Für den eine bedürftige Partei vertretenden Anwalt stellt sich heutzutage bei jedem Fall die Frage, ob seine Beschwerde die erste Hürde der Aussichtslosigkeit überspringt (Art. 64 Abs. 1 BGG). In Tat und Wahrheit lassen sich die Prozesschancen vor Bundesgericht kaum mehr abschätzen.[97] Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit in diversen Fällen Beschwerden als aussichtslos bezeichnet, obwohl die Urteile in Fünferbesetzung gefällt oder gar in die amtliche Sammlung aufgenommen wurden. Nachfolgend einige Beispiele, die allerdings nicht nur Haftpflichturteile betreffen:

- Im Urteil 4A_589/2013 vom 16. Januar 2014, welcher als BGE 140 III 12 in der amtlichen Sammlung publiziert ist, urteilte das mit fünf Richtern besetzte Bundesgericht, dass im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht. Die Beschwerde wurde, was den Antrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im kantonalen Verfahren anbelangte, als aussichtslos bezeichnet.
- In Fünferbesetzung wurde im Urteil 4A_188/2015 vom 31. August 2015 eine DSG-Berichtigungsklage abgewiesen, wobei gleichzeitig eine Leistungsklage gegen eine Versicherung hängig war; Die Beschwerde sowie der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege/Rechtsbeistand wurden wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen.

95 SCHÖBI; a.M. VON WERDT.
96 Vgl. bspw. Votum Nationalrat Merlini Giovanni in der Frühjahrssession vom 13. März 2019.
97 HAAG, 1 ff.

Vorexemplar Referenten

– Im Urteil 8C_157/2017 vom 6. November 2017 war die Frage strittig, ob die gemischte Methode nach dem Urteil des EGMR in Sachen Di Trizio gegen die Schweiz (7186/09) vom 2. Februar 2016 weiterhin bei Konstellationen anwendbar ist, bei denen nicht ein rein familiär bedingter Statuswechsel vorliegt. Das Bundesgericht bejahte diese Frage in Fünferbesetzung und wies das Gesuch UP/URB Gesuch wegen Aussichtslosigkeit ab.

– In BGE 133 II 97 fällte das Bundesgericht ein Grundsatzurteil zur Ausschaffungshaft, lehnte allerdings den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde ab.

Auch wenn nicht mit Sicherheit feststeht, weshalb die Beschwerden als aussichtslos bezeichnet wurden, muss doch festgestellt werden, dass eine Beschwerde, die einen «Fünferentscheid» oder gar ein Grundsatzurteil zur Folge hat, kaum als aussichtslos bezeichnet werden kann.[98]

IV. Fazit und Ausblick

A. Zehn Wünsche...

Im Plädoyer 6/2012 richtete die Anwaltschaft zehn Wünsche an die Richter und umgekehrt.[99] Diese Wünsche haben an Aktualität nicht verloren und können aus Sicht des Schreibenden für das Jahr 2021 und die folgenden erneuert und in Erinnerung gerufen werden:

1. Treu und Glauben gilt für alle Beteiligten
2. Keine Belehrungen in Urteilen
3. Möglichkeit der Instruktion nutzen
4. Keine Überstrapazierung der Substanziierungs- und Behauptungslast
5. Rückweisung überlanger Rechtsschriften
6. Bessere Behandlung der Parteien, als wären sie nicht anwaltlich vertreten
7. Unabhängigkeit bewahren

98 Immerhin wäre denkbar, dass gerade die Frage der Aussichtslosigkeit unter den Richtern umstritten war.
99 RAUBER/GESSLER, 78 f.

Vorexemplar Referenten

8. Beförderliche Prozesserledigung
9. Kein unnötiger Formalismus
10. Vernünftiger Entscheid

Die Richter richteten folgende Wünsche an die Anwaltschaft:

1. Keine Überlänge
2. Bessere Schlussredaktion
3. Kein neuer Sachverhalt vor der Berufungsinstanz
4. Beachtung des Rügeprinzips
5. Mehr Klarheit
6. Unumgängliche Gedankenarbeit
7. Beschränkung aufs Wesentliche
8. Respekt vor den Zuhörern
9. Mithilfe beim Finden einer Lösung
10. Abschliessende Manöverkritik

Auch die Richterwünsche dürften nicht (vollumfänglich?) in Erfüllung gegangen sein. Es ist unschwer erkennbar, dass sich die gegenseitigen Wünsche teils widersprechen, gegenseitig beeinflussen oder gar «hochschaukeln» (bspw. kein Überstrapazieren der Substanziierungslast/keine Sonderbehandlung anwaltlich vertretener Parteien vs. Beschränkung auf das Wesentliche/keine Überlänge).

Abschliessend ist Wunsch Nr. 10 der Richterinnern und Richter besonders hervorzuheben: Die Manöverkritik. Nach rechtskräftig abgeschlossenem Prozess sollen Parteivertreter und Gericht zusammensitzen und diskutieren, was gut und was schlecht war und was man künftig besser machen könnte. Ob dieser Wunsch an einzelnen Gerichten je in die Tat umgesetzt wurde, entzieht sich der Kenntnis des Schreibenden, aber alle Akteure sollten ihm doch einmal eine Chance geben…

Vorexemplar Referenten

B. Ausblick auf das Jahr 2041

Im Jahre 1999 kam das Nokia 3210 auf den Markt und wurde 160 Millionen Mal verkauft. Innovativ war bspw. die sog. «T9-Funktion»[100], welche beim Schreiben von SMS automatisch Wortvorschläge machte und ein effizienteres Eintippen von Texten erlaubte. Heutige Smartphones stammen aus einer anderen Zeitrechnung. Mit ihnen kann man sprechen, einen Flug buchen, Videos in 4k Auflösung aufnehmen und mit Menschen aus aller Welt jederzeit in Kontakt treten. In 20 Jahren wird sich die Leistung der Computerchips sowie der künstlichen Intelligenz im Vergleich zu heute um ein Vielfaches potenziert haben.

Die Digitalisierung und der Bereich «legaltech» werden auch die Juristerei wie keine andere Entwicklung zuvor fundamental treffen und verändern. Das Programm GPT-3 von OpenAI gehört zurzeit zu den fortschrittlichsten, sprachbasierten Algorithmen.[101] GPT-3 kann bspw. automatisiert Webseiten mit einfachen Befehlen programmieren oder komplizierte juristische Texte in einfachen Sätzen erklären und umgekehrt.[102] Fehlerfrei ist die Software freilich noch nicht.[103]

Im Jahre 2041 wird das Schadenerledigungsprogramm, nennen wir es Ronaldo 10.0, aufgrund sämtlicher, elektronisch vorhandenen Daten den Direktschaden bei einem Autounfall ohne menschliche Hilfe in Bruchteilen von Sekunden ausrechnen können. Anhand der Schadenbilder oder eher anhand der Daten aus der Blackbox der beteiligten Fahrzeuge wird der Computer ein Delta-V errechnen sowie aufgrund einer Würdigung der medizinischen Berichte eine Einschätzung zur Kausalität abgeben können. Für den Haushaltsschaden wird der Computer einen geeigneten Haushaltsroboter vorschlagen, sofern ein solcher nicht bereits im Einsatz steht, womit ein Haushaltsschaden nicht geschuldet wäre. Übte der Geschädigte eine Arbeit aus[104], wird der Einkommensausfall abzüglich bedingungslosem Grundeinkommen aus der Einheitsversicherung errechnet.

Sollte der Geschädigte das elektronische Angebot der Versicherung ablehnen – wofür es möglicherweise rechtlich gar keine Gründe gibt – kann er die vorhandenen Daten dem digitalen Rechtsvertreter «in seinen einfachen Worten» schildern, woraufhin das Programm die Rechtsschrift nach allen Regeln der Kunst entwerfen

100 «Text on 9 keys».

101 <www.openai.com/projects/>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

102 <www.youtube.com/watch?v=8V20HkoiNtc&t=529s>, zuletzt besucht am 28.01.2021.

103 Die Software wurde – entgegen dem Rat des Herstellers – versuchsweise als medizinischer Chatbot eingesetzt, wobei sie in einer Simulation einer Testperson den Ratschlag gab, Selbstmord zu begehen. Vgl. <en.wikipedia.org/wiki/GPT-3>, zuletzt besucht am 02.02.2021.

104 Vielleicht handelt es sich um einen mittlerweile arbeitslosen Anwalt.

Vorexemplar Referenten

wird. Diese muss allenfalls noch von einem Menschen aus Fleisch und Blut feingeschliffen werden. Die so auch von der Gegenpartei eingereichten Rechtsschriften werden ihrerseits vom Gerichtscomputer analysiert, welches dem Richter in Sekundenbruchteilen einen Vorschlag für das weitere Vorgehen oder auch einen Urteilsvorschlag unterbreitet. Die Zeiten der langen und kostspieligen Verfahren werden vorbei sein.

Vielleicht werden rein rechtliche Faktoren in einer digitalisierten Zukunftswelt, in welcher die Rechtslage für jedermann in Sekundenbruchteilen abrufbar ist, gar nicht mehr eine so entscheidende Rolle spielen, sondern der Bedarf nach Vermittlung und Mediation, nach persönlichem Ausgleich, einem «emotionalen Recht» zunehmen.

Alles Utopie? Vielleicht. Wahrscheinlicher ist vielleicht folgendes Szenario:

> «Nahezu alle Experten für künstliche Intelligenz gehen davon aus, dass es in einer vernetzten Welt, in der Automobile, aber auch Wettersatelliten, Fluggesellschaften, Menschen und Nutztiere ihre Echtzeitdaten sammeln und senden, keine Unfälle mehr geben wird.»[105]

Literaturverzeichnis

BERTI STEPHAN, Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO (zugleich ein Beitrag zur materiellen Rechtskraft), in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, 39 ff.

BOOG SEVERIN, Echte Teilklage im vereinfachten Verfahren und negative Feststellungswiderklage (unter Berücksichtigung von BGE 143 III 506), Zürich 2018

BÜHLER ALFRED, Unentgeltliche Rechtspflege, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, 85 ff.

DEECKE RAINER, Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht? HAVE 2012, 393 ff.

DEECKE RAINER/KURMANN ULRICH, Gedanken zum haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommen, HAVE 2018, 379 ff.

DOMEJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, 69 ff.

[105] STEINGART, 104.

Vorexemplar Referenten

FELLMANN WALTER, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich/Basel/Genf 2009, 69 ff. (zit. FELLMANN, Fragepflicht)

DERS., Zurück zum Formalismus!, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 277 ff. (zit. FELLMANN, Formalismus)

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1, Bern 2012

GALLI ANDREAS, Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR, Mut zur Lücke!, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, 207 ff.

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014

HAAG CHRISTIAN, Rechtsprechung lässt Unfallopfer und Patienten im Regen stehen, Jusletter vom 20. August 2018

HABLÜTZEL MARTIN, Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält!, HAVE 2019, 134 ff.

HÜGEL HOLGER, Teilklage und negative Feststellungswiderklage, HAVE 2019, 413 ff.

HUNZIKER-BLUM FELIX, Negative Feststellungswiderklagen in Haftpflicht- und Versicherungsprozessen – wozu?, HAVE 2007, 395 ff.

DERS., Negative Feststellungswiderklagen in Haftpflicht und Versicherungsprozessen – wozu? Eine kurze Replik, HAVE 2008, 199 ff.

LANDOLT HARDY, Erfahrungen als Opfer und Haftpflichtanwalt, HAVE 2011, 293 ff. (zit. LANDOLT, Erfahrungen)

DERS., Zürcher Kommentar zu Art. 45–49 OR, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. ZK-LANDOLT)

MARTI ARNOLD, ZPO-Revision, Minimale Korrekturen beim Kostenvorschuss können das Recht auf Zugang zur Zivilgerichtsbarkeit nicht gewährleisten, Anwaltsrevue 2021, 17 ff.

MORENO IGNACIO, Der Haushaltsschaden wird erwachsen, HAVE 2021 35 ff.

MEIER ISAAK/WIGET MATHIAS, Klage und Rechtskraft im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, 89 ff.

OBERHAMMER PAUL, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel 2010

OTZ DAN/KLETT BARBARA, Teilklage – Teillösung, HAVE 2014, 235 ff.

PRIBNOW VOLKER, Rechtsfortbildung in der unentgeltlichen Rechtspflege aus Sicht des Klägeranwalts, HAVE 2016, 391 ff. (zit. PRIBNOW, Rechtspflege)

Vorexemplar Referenten

DERS., Haushaltsschaden: ars abstracta iuridicialis – Urteile des Bundesgerichts 4A_19/2008 vom 1.4.2008 und 4A_98/2008 vom 8.5.2008, HAVE 2008, 241 ff. (zit. PRIBNOW, Haushaltsschaden)

PRIBNOW VOLKER/GOGNIAT YVES, Substanziierung im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 107 ff.

PRIBNOW VOLKER/WIDMER ROLF/SOUSA-POZA ALFONSO/GEISER THOMAS, Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE, Von der einsamen Palme zum Palmenhain, HAVE 2002, 30 ff.

RAUBER GEORG/GESSLER DIETER, Was sich Richter und Anwälte wünschen, Plädoyer 6/2012, 78 f.

SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003

SCHMID MARKUS, Der Haftpflichtprozess: Ein dornenvolles Gestrüpp, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, 191 ff. (zit. SCHMID, Haftpflichtprozess)

DERS., Prozessieren oder Vergleichen?, in: Weber (Hrsg.), Schlichten statt richten, Zürich/Basel/Genf 2012, 11 ff. (zit. SCHMID, Prozessieren oder Vergleichen?)

SCHÖBI FELIX, Dissenting Opinion – Die Sicht eines Bundesrichters, «Justice - Justiz - Giustizia» 4/2018

SCHUMACHER BENJAMIN, Zweifelhafte Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweiswürdigung, Plädoyer 1/2016, 36 ff.

SCHUMACHER RENÉ, Hohe Kosten vereiteln Zugang zum Gericht, Plädoyer 1/2016, 15 ff.

SCHWANDER DANIEL, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 91 ff.

SCHWEIZER MARK, Vom Umgang des Bundesgerichts mit steigender Geschäftslast – lieber schnell als sorgfältig?, «Justice – Justiz – Giustizia» 2/2016, (zit. SCHWEIZER, Geschäftslast)

DERS., «Methodische Aspekte», in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 163 ff. (zit. SCHWEIZER, Aspekte)

STEINGART GABOR, Die unbequeme Wahrheit: Rede zur Lage unserer Nation, München 2020

SUMMERMATTER DANIEL, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege: eine geglückte Rechtsfortbildung mit Wermutstropfen, HAVE 2016, 204 ff.

SUMMERMATTER DANIEL/SIDIROPOULOS ALEXIA, Rechtskraft und Rechtsschutzinteresse bei Teilklage und negativer Feststellungswiderklage, HAVE 2013, 221 ff.

Vorexemplar Referenten

SUTER BENEDIKT A./VON HOLZEN CHRISTINA, Art. 95 ZPO, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016

VON WERDT NICOLAS, Dissenting Opinion – Zwischen Schein und Wirklichkeit, «Justice – Justiz – Guistizia» 4/2018

WAGNER PATRICK/SCHMID MARKUS, Die Teilklage (im vereinfachten Verfahren) kommt nicht zur Ruhe, HAVE 2018, 175 ff. (zit. WAGNER/SCHMID, HAVE 2018)

DIES., Negative Feststellungsklagen als Reaktion auf «30 000er-Klagen», HAVE 2015, 218 ff. (zit. WAGNER/SCHMID, HAVE 2015)

WAGNER PATRICK/SCHMID MARKUS/SANTSCHI BENOIT, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren, HAVE 2013, 322 ff.

WUFFLI DANIEL, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, ZZZ 2014, 141 ff.

WYSS LUKAS, Die negative Feststellungswiderklage – eine legitime Antwort auf die Teilklage, HAVE 2008, 77 ff.

Vorexemplar Referenten